Der volkswirtschaftliche Inhalt des Wettbewerbsbegriffes in § 1 GWB

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung
der wirtschaftswissenschaftlichen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von
Diplom-Volkswirt Manfred H. Neubauer
aus Mährisch-Schönberg

Marburg/Lahn 1968

E. Symon · Offset-Druck · 355 Marburg/L. · Friedrichsstr. 3

Der volkswirtschaftliche Inhalt des Wettbewerbsbegriffes in § 1 GWB

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung
der wirtschaftswissenschaftlichen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von
Diplom-Volkswirt Manfred H. Neubauer
aus Mährisch-Schönberg

Marburg/Lahn 1968

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: 26. Juni 1968
Berichterstatter: Professor Dr. Hoppmann
Mitberichterstatter: Professor Dr. Hamm
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1968

UNIV. LEIDEN BIBL.

Gekürztes Inhaltsverzeichnis

(Ein ausführliches Inhaltsverzeichnis folgt am Schluß der Arbeit)

Einleitung.....S. 1

A. Volkswirtschaftlich orientierte Interpretation als Auftrag.....S. 1

B. Fragestellung.....S. 5

Erster Teil: Darstellung.....S. 12

A. Die Vorstellungen Benischs (1956).....S. 13

B. Die Vorstellungen Ewalds (1956).....S. 24

C. Die Vorstellungen Günthers (1957).....S. 39

D. Die Vorstellungen von Borchardt und Fikentscher (1957).....S. 48

E. Die Vorstellungen des Frankfurter Kommentars (1958).....S. 62

F. Die Vorstellungen Bruggers (1959).....S. 73

G. Die Auffassung von Sölter (1960).....S. 90

H. Die Vorstellungen im Baumbach-Hefermehl-Kommentar (1960).....S. 105

J. Die Vorstellungen von Gabriel (1960).....S. 125

K. Die Vorstellungen von Schmitz (1961).....S. 133

L. Die Vorstellungen von Knöpfle (1962/1966).....S. 145

M. Die Vorstellungen Meyer-Cordings (1962).....S. 171

N. Die Vorstellungen von Müller-Henneberg (1963).S. 188

Zweiter Teil: Problemkreise und typische Meinungen.S. 206

A. Zur erkennbaren Rangfolge der Problemkreise.....S. 206
B. Typische Meinungen innerhalb der einzelnen Problemkreise.....S. 206
C. Zur erkennbaren Methode der Problembehandlung...S. 242
D. Zur möglichen Kritik.....S. 244
E. Zur Ausgangsbasis.....S. 245

Dritter Teil: Lösungsvorschläge unter besonderer Berücksichtigung der Regierungsbegründung und volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte.....S. 246

A. Zur Frage nach Sinn, Ziel und Zweck des GWB.....S. 246
I. Die beiden Ziele in der Regierungsbegründung.....S. 246
II. Analyse der Aussagen über Wettbewerb in der Regierungsbegründung.....S. 250
III. Der wettbewerbliche Marktprozeß aus der Sicht des neoklassischen Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs.....S. 286
IV. Probleme der Normativierung und ihre Überwindung.....S. 311
V. Ergebnis.....S. 333

B. Der Schutz des Wettbewerbs durch §1.....S. 336
I. Partieller Schutz des wettbewerblichen Prozesses durch §1.....S. 336
II. Der besondere wettbewerbspolitische Zweck des §1.....S. 337
III. Zur Auslegung: "...geeignet...die Marktverhältnisse...durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen".....S. 343

C. Ergebnis.....S. 356

Literaturverzeichnis.....S. 358

Inhaltsverzeichnis (ausführlich).....S. 381

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AER	American Economic Review; Zeitschrift
a.M.	anderer Meinung
BB	Betriebs-Berater; Zeitschrift
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BF	Borchardt, K., Fikentscher, W.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Bandnummer und Seitenzahl
BH	Baumbach-Hefermehl-Kommentar
BKartA	Bundeskartellamt
BM	Beeinflussung der Marktverhältnisse
BT	Bundestag
BW	Beschränkung des Wettbewerbs
DB	Der Betrieb; Zeitschrift
DV	Der Volkswirt; Zeitschrift
Entw	Entwurf des GWB
FK	Frankfurter Kommentar
Gem.K.	Gemeinschaftskommentar
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; Zeitschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau; Zeitschrift
JW	Juristische Wochenschrift; Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung; Zeitschrift
KR	Kartellrundschau; Zeitschrift

MA	Der Markenartikel; Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht; Zeitschrift
MH	Müller-Henneberg, H.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift;Zeitschrift
QJE	Quarterly Jounal of Economics; Zeitschrift
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
S.	Seite
Sec.	Section
u.a.	und andere
u.A.	unserer Ansicht
u.E.	unseres Erachtens
US	United States of America
UWG oder UnlWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
vgl.o.	vergleiche oben
vgl.u.	vergleiche unten
WbV	Wettbewerbsbeschränkung als Verbotsnorm
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis; Zeitschrift
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb; Zeitschrift
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
——→	Fortsetzung der Fußnote auf der nächsten Seite

Einleitung

A. Volkswirtschaftlich orientierte Interpretation als Auftrag

> "...So ist... eine Legaldefinition des Begriffs 'Wettbewerb' als des Schutzobjektes des vorliegenden Gesetzentwurfes nicht möglich, daher in dem Gesetz auch nicht versucht". [1]

Diese Mitteilung des 21. Ausschusses für Wirtschaftspolitik an den Bundestag, verkündet durch einen Berichterstatter des Ausschusses, den Abgeordneten Hellwig, kann als Markstein zwischen zwei Entwicklungsphasen eines sehr umstrittenen Gesetzes gelten, des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Sieht man von der im Jahre 1923 mit der Verordnung gegen mißbräuchliche Machtstellungen beginnenden wechselhaften deutschen Gesetzgebung der Vorkriegszeit ab, so beginnen die Bemühungen der deutschen Legislative um die Ordnung des Wirtschaftslebens durch ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Kriege mit den Vorarbeiten zum Josten-Entwurf, der Anfang Juli 1949 als erster Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs der Bundesregierung vorlag.
Sie fanden ihr (vorläufiges) Ende mit der 3. Lesung des GWB am 4. Juli 1957 und dem Inkraftsetzen des GWB am 1. Januar 1958.
Die neunjährige Gesetzesgeschichte läßt sich in zwei Perioden unterteilen:

---

[1] Bundestagsdrucksache 3644, S. 13; abgedruckt in Gem.K., 1. Aufl., S. 1173.

Die erste Periode ist dadurch gekennzeichnet, daß in ihr die "Gesetzgeber" überwiegend noch die Hoffnung hatten, den Wettbewerb im Rahmen des Gesetzes zu definieren. Spätestens bei dem Bericht (vom 28. und 29.6.1957) des 21. Ausschusses für Wirtschaftspolitik - dem Ergebnis von Expertenberatungen - hatten sie diese Hoffnung jedoch, wie das obige Ausgangszitat zeigt, aufgegeben.
Die folgende zweite Periode umfaßt vor allem die Verabschiedung des Gesetzes in 2. (3.7.1957) und 3. Lesung.

Hatte man in der ersten Periode noch versucht, den Wettbewerb für das Gesetz zu definieren, so ist für die anschließende Periode kennzeichnend, daß es hier an solchen Versuchen fehlt: man hatte sich offenbar mit der - wie man glaubte - "gegenwärtigen" Unmöglichkeit einer Legaldefinition des Wettbewerbs abgefunden.

Fällt in die gegenüber der zweiten Periode zeitlich umfangreichere erste Periode fast die ganze positivrechtliche Durchgestaltung des Gesetzes, so beschränkte man sich in der zweiten Periode auf die Ratifizierung eines vorliegenden Gesetzestextes, und zwar ohne tiefschürfende Debatten und ohne erhebliche Änderungen am Text des GWB. [1)]

Die Bedeutung des Ausgangszitats, ja des gesamten Ausschußberichtes tritt in Anbetracht der gesetzgeberisch relativ fruchtlosen 2. Periode deutlich hervor:

---

1) "Der nach den Vorschlägen des Wirtschaftspolitischen Ausschusses geänderte RegEntw wurde nach langem Ringen vom BT in 2. und 3. Lesung... angenommen". Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., S. 1213, Anm. 10.

Der Bericht ist letzte und zugleich umfangreichste Stellungnahme zu Sachproblemen einer entscheidend an der Legislative mitwirkenden Gruppe von "Gesetzgebern".

Materiell wurde damit schon vor seiner 2. und 3. Lesung ein Gesetz verabschiedet, das an einem kuriosen Mangel litt: [1]

Einerseits erforderte die Anwendung des Gesetzes die Auslegung der zahlreichen "wettbewerbsbezogenen" [2] Tatbestandselemente [3] des GWB, so z.B. von

---

1) Hellwig selbst nennt es an anderer Stelle "eine merkwürdige Erscheinung, daß es in diesem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen an Legaldefinitionen für zentrale Wirtschaftsvorgänge und Fakten fehlt". Vgl. Hellwig, F., Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, in: WuW 1959, S. 390.

2) Damit sind solche Tatbestände gemeint, die vom Wort her auf Wettbewerb hinweisen. Man vgl. die unten angeführten Beispiele.

3) Es wird hier, dem Sprachgebrauch von Larenz gemäß, zwischen Tatbeständen und Tatbestandselementen unterschieden:
"Der Tatbestand... ist ein als möglich vorgestellter, allgemein bestimmter Sachverhalt, der in einer unbestimmten Vielzahl von 'Fällen' sich wirklich ereignen kann. Da das Gesetz eine Rechtsfolge an ihn knüpft... handelt es sich stets um einen Vorgang, der... für menschliches Zusammenleben in irgend einer Hinsicht bedeutsam ist.

Ein Tatbestand... kann... mehrere Vorgänge zum Gegenstand haben. Die einzelnen Vorgänge, Zustände oder sonstigen 'Gegebenheiten', die... insgesamt und zwar in einer bestimmt gearteten Verbindung einen Tatbestand bilden, bezeichnen wir als Tatbestandselemente". Vgl. Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 176

"Beschränkung des Wettbewerbs" [1], "Wettbewerbsbeschränkung" [1], "Beeinträchtigung des Wettbewerbs" [2], "Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb" [3], "Ausschluß des Wettbewerbs" [4], "wesentlichen Wettbewerb" [5], "unwesentlichen Wettbewerb" [6], "Preiswettbewerb" [7] usw., andererseits wird im Gesetz weder definiert noch umschrieben, was unter Wettbewerb verstanden werden soll.

Die Begründung, weshalb eine Legaldefinition des Wettbewerbs "nicht möglich" (vgl. Ausgangszitat) sei, liefert der 21. wirtschaftspolitische Ausschuß mit:

> Weil mit "der Formulierung eines Gesetzentwurfs... das fast unübersehbare Stoffgebiet des Wettbewerbs... in die Sprache der herkömmlichen Rechtstechnik gefaßt werden" muß,
>
> dabei aber "die vielfach neuen Tatbestände der Wettbewerbsverhältnisse einer vorgeformten Rechtsbezeichnung entbehren und ihre Subsumtion unter bekannte Rechtsnormen den wirklichen Sachverhalt unter Umständen nicht erreicht". [8]

Es wurde also hauptsächlich deshalb auf eine Legaldefinition verzichtet, weil sich das zur Beurteilung wettbewerblicher Sachverhalte notwendige Problemdenken den Subsumtionsversuchen unter einen gegebenen

---

1) § 1 Abs. I S. 1; § 5 Abs.II S. 2; § 5 Abs.III S.2; § 8 Abs. I S. 1; § 8 Abs.II S.1; §17 Abs. I Nr.3; §25 Abs.II Nr.3; §98 Abs.II; §100 Abs.VIII; §102 Abs. I S. 1.

2) §18 Abs. I S. 1; §20 Abs.III S. 1; §26 Abs. I.

3) § 27 Abs. I.

4) § 5 Abs.II S. 3; § 100 Abs. I.

5) §22 Abs. I und II.

6) § 7 Abs. I.

7) §16 Abs. I Nr. 1.

8) Gem.K., 1958, S. 1172/1173.

juristischen Begriffskatalog widersetzte. Aber man wußte sich zu helfen: die Entscheidung darüber, was unter Wettbewerb im Rahmen des GWB zu verstehen sei, wurde von der Legislative auf Jurisdiktion und Exekutive abgewälzt.
Hinsichtlich des Erfolges dieser Maßnahme gab man sich optimistisch, denn - so der Ausschuß durch seinen Sprecher Hellwig -:

> "Sowohl bei den Gerichten als auch bei den Verwaltungsbehörden bereitet die Anwendung von Rechtsbegriffen, die ihren Inhalt aus einer der juristischen Auffassung vorgegebenen Disziplin empfangen, keine Schwierigkeiten". [1]

Welche Disziplin hier angesprochen ist wird deutlich, da er nachfolgend ausführt:

> "Wenn Wettbewerb und Nebenleistungswettbewerb einander gegenübergestellt werden, so beherrschen hier wieder volkswirtschaftliche Erkenntnisse das Feld..." [2]

Jurisdiktion und Exekutive obliegt es also, nach dem Willen des "Gesetzgebers" sich zur Anwendung wettbewerbsbezogener Tatbestände auf volkswirtschaftliches Gebiet zu begeben.

B. Fragestellung

Daß diese Aufgabe nicht leicht zu lösen ist, zeigt heute die mehr als zehnjährige Erfahrung mit dem Gesetz. Ein Tenor der unter dem Thema "Rückblick und Ausblick" zum zehnjährigen Gesetzesjubiläum Anfang des Jahres 1968 veranstalteten Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. war,

---

1) Gem.K., 1958, S. 1173 .

2) Ebenda, S. 1173 .

> "daß es noch immer kein anerkanntes Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs gibt, sondern beinahe so viele verschiedene Theorien wie Wettbewerbspolitiker." [1]

In Anbetracht dieser Lage ist es wohl nicht uninteressant, die Frage nach dem Wettbewerb im GWB erneut zu stellen - allerdings unter dreifacher Beschränkung des Stoffes:

1. Auslegungsversuche und Diskussionen um Auslegungsprobleme knüpfen stets an bestimmte Tatbestände an. Es scheint uns deshalb geboten, ebenfalls vom Einzeltatbestand auszugehen. Es sollen hier jedoch nicht sämtliche wettbewerbsbezogenen Tatbestände einzeln untersucht werden. Zunächst ist ein Herausgreifen von "meinungsarmen" Tatbeständen unergiebig. Ferner enthalten solche Tatbestände, die Brennpunkte der Auslegung sind, meist überaus zahlreiche Probleme, so daß sie sehr umfangreiche Darstellungen erfordern. Ideal wäre eine Begrenzung der Arbeit auf solche wettbewerbsbezogenen Tatbestände, die möglichst eng verwandte Sachverhalte betreffen und zugleich von zentraler Bedeutung für das gesamte GWB sind. Diese Forderung erfüllt von allen wettbewerbsbezogenen Einzelvorschriften des Gesetzes am besten §1 Abs. I Satz 1 GWB (nachfolgend: §1). Er spricht von "Beschränkung des Wettbewerbs". Auf diesen Rechtssatz, der zwölf verschiedene Tatbestände enthält (vgl. u. S. 9 ff), wollen wir deshalb die folgende Untersuchung beschränken. [2]

---

[1] Lösenbeck, H.-D., Rohloff, A., Die Misere der Zensoren. Zehn Jahre Kartellgesetz - Neues Konzept gesucht, in: DV 1968, 17.

[2] Soweit uns die folgenden Abhandlungen den Vorwurf eintragen, wir bewegten uns überwiegend auf "juristischem" Gebiet, müssen wir dem entgegenhalten: →

2. Im Hinblick auf die Auffassung von dem Wettbewerb, die dem §1 zugrunde liegt bzw. liegen soll, führt eine Durchsicht der Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden zu keinen Ergebnissen, die zu einer umfassenden Untersuchung ermutigen. Das mag z.T. daran liegen, daß diese Institutionen - ihrer Aufgabe gemäß - nur insoweit auf Auslegungsprobleme einzugehen brauchen und - wohl aus Vorsicht - in der Regel auch nur eingehen, wie zur Lösung eines ihnen übertragenen Rechtsfalles erforderlich ist. Zum Teil liegt das jedoch sicherlich auch an der Schweigepflicht, mit der §46 Abs. VIII GWB die Informationsfreudigkeit aller bei "Kartellbehörden" beschäftigten oder von ihnen beauftragten Personen bindet.

---

2) 1. Die "juristischen" und "volkswirtschaftlichen" Bereiche sind bisher von niemandem eindeutig gegeneinander abgegrenzt worden.

2. Schumpeter hat einen ähnlichen Vorwurf als irrelevant abgetan. Zur Abgrenzung von "Ökonomie" und "Psychologie" schrieb er:

> "Ist mit dem Vorwurf der 'Psychologie' gemeint, daß etwas von dem Gesagten nicht 'Ökonomie' sei und daher irrelevant, so ist dieser Vorwurf selbst irrelevant angesichts der Tatsache, daß wir diese Dinge brauchen und, soweit keine andere Wissenschaft sie uns in der benötigten Form darbietet, selbst ausarbeiten müssen, wie der Nationalökonom auch Geschichte und Statistik usw. auf eigene Rechnung betreiben muß."

Schumpeter, J., Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 4.Aufl., München-Leipzig 1935, S. 132. Fußnote 24 2.

Diese Ausführungen Schumpeters können im analogen Sinne auch für die Abgrenzung zwischen Ökonomie und Rechtswissenschaft gelten.

Sie führt offenbar dazu, daß 1. nicht alle Entscheidungen veröffentlicht werden und 2. die Begründungen der veröffentlichten Entscheidungen möglichst knapp und unverfänglich abgefaßt sind. Ihr Informationsgehalt ist entsprechend gering. Anders steht es um die wissenschaftliche Literatur. Sie bietet zahlreiche Beispiele für Versuche, den §1 umfassend auszulegen und die in ihm enthaltenen Probleme um den Begriff Wettbewerb zu lösen. Statt der bei den Entscheidungen dominierenden Vorliebe zu möglichst partieller Stellungnahme, die oft die sie tragenden Zusammenhänge nicht befriedigend erkennen läßt, kommt hier überwiegend ein umfassendes Systematisierungsstreben zum Zuge. Die solchem Streben entsprungenen Auslegungsversuche bilden häufig die Grundlage für Entscheidungen, von denen sie rückwirkend selbst beeinflußt werden. Insofern erweist sich die wissenschaftliche Literatur als eng mit der Entscheidungspraxis verzahntes Gebiet. Vor allem werden von ihr die tragenden Gedanken der Auslegung - der Systematik wegen - besser wiedergegeben als in den üblicherweise dürren, lückenhaften Entscheidungsbegründungen. Deshalb ist eine Untersuchung der wissenschaftlichen Literatur nicht nur Ersatz für eine Untersuchung der Entscheidungen, sondern eine conditio sine qua non für die Beantwortung der uns leitenden Frage. Wir wollen uns deshalb auf die Untersuchung der einschlägigen Literatur stützen und auf eine besondere Untersuchung der Entscheidungen verzichten.

3. Die Literatur zu dem wie folgt formulierten Rechtssatz

> "Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen",

ist außerordentlich umfangreich und heterogen. Das mag seinen Grund nicht nur in der fundamentalen Bedeutung dieses Rechtssatzes, sondern auch in der Eigenart seines inneren Aufbaus haben, der viele Tatbestände in sich schließt. Wie Gedankenfäden sind hier zwölf ineinandergeschachtelte Verbindungen von "Gegebenheiten" (vgl.o.S.3, Fußnote 3) unterscheidbar, an die das Gesetz die Rechtsfolge der Unwirksamkeit knüpft. Voneinander isoliert lauten diese Tatbestände:

> "Verträge, die Unternehmen... zu einem gemeinsamen Zweck schließen,... sind unwirksam, soweit sie geeignet sind,
>
> 1. die Erzeugung... für den Verkehr mit Waren... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."
> 2. die Erzeugung... für gewerbliche Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."
> 3. die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."
> 4. die Marktverhältnisse für... gewerbliche Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

Durch die Kombination des variierten Hauptsatzes mit den durch 1. bis 4. gekennzeichneten Nebensätzen ergeben sich erneut vier Tatbestände:

> "Verträge, die... Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen,... sind unwirksam, soweit sie geeignet sind,
>
> 1. (s.o.)....."
> 2. (s.o.)....."
> 3. (s.o.)....."
> 4. (s.o.)....."

Durch abermalige Variation des Hauptsatzes und Kombination mit den durch 1. bis 4. gekennzeichneten Nebensätzen ergeben sich weitere vier Tatbestände:

"Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind,

1. (s.o.)....."
2. (s.o.)....."
3. (s.o.)....."
4. (s.o.)....."

Wollten wir uns mit allen hier enthaltenen Tatbestandselementen in ihren möglichen Zusammenhängen befassen, würden wir uns sicherlich in der Literatur verlieren. Konzentrierten wir uns dagegen nur auf den Inhalt des Tatbestandselementes "Beschränkung des Wettbewerbs" (nachfolgend: BW), würden wir uns auf einen Bereich des wirtschaftlichen Geschehens festlegen, der viel umfangreicher sein muß als der von § 1 abgedeckte, da die BW erst durch das Hinzutreten weiterer Merkmale (Tatbestandselemente) inhaltlich zu der rechtsfolgewirksamen Wettbewerbsbeschränkung als Verbotsnorm (nachfolgend: WbV) anwächst. Hier müssen wir einen Kompromiß schließen, indem wir unsere Aufmerksamkeit bei der Untersuchung der Literatur im vorhinein auf bestimmte Tatbestandselemente lenken. Diese notwendige Auswahl ist auch möglich, denn offenbar sind nicht alle Tatbestandselemente für die Praktizierung des Rechtssatzes von gleicher Bedeutung. Wie man allein aus obiger Sprachanalyse ersieht, sind neben der Rechtsfolge allen zwölf Tatbeständen nur fünf Tatbestandselemente gemeinsam, so der "gemeinsame Zweck", die "Eignung", die Präposition "durch", die "Beschränkung des Wettbewerbs" und "beeinflussen". Von diesen fünf Tatbestandselementen stehen wiederum drei im Rahmen des Nebensatzes in unmittelbarer Wortverbindung, nämlich: "durch Beschränkung des Wettbewerbs beeinflussen". Schon daraus wird formal ersichtlich,

daß einigen Tatbestandselementen zentralere Bedeutung zukommt als anderen.

Das materielle Kriterium für eine Beschränkung der Untersuchung auf wesentliche Tatbestandselemente - auf das es uns allein ankommt - kann nur im Gesichtspunkt des Volkswirtschaftlichen liegen. Für die volkswirtschaftliche Problematik des §1 sind offenbar ebenfalls nicht alle Tatbestandselemente gleichermaßen relevant. So hält z.B. Günther (vgl.u.S. 43) nicht für notwendig, sich mit rechtlich einwandfrei feststellbaren Elementen zu befassen. Er konzentriert sich hingegen auf die "volkswirtschaftlichen" - vermutlich rechtlich nicht einwandfrei feststellbaren - Tatbestandselemente, die alle in der zweiten Hälfte des §1 enthalten sind, die lautet

> "...geeignet... die Erzeugnisse oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

Damit weist er einen Weg, der uns an die Beantwortung der uns leitenden Frage näher heranzuführen verspricht, der jedoch noch weiter präzisiert werden kann: Der Frankfurter Kommentar hält selbst eine grundlegende Beschäftigung mit einigen der hier enthaltenen Tatbestandselemente - der "Erzeugung", dem "Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" - für weitgehend entbehrlich. Er hält sie offenbar für problemlos, da, - wie er in Zusammenhang mit den "Waren" ausführt - ihre

> "Bedeutung bei der Verabschiedung des Gesetzes bekannt war und es auch nicht an gebräuchlichen, eindeutigen Ausdrucksmöglichkeiten fehlte." [1]

Die folgende Untersuchung zum Wettbewerbsbegriff des §1 soll sich deshalb so weit wie möglich auf die Auslegung der verbleibenden Tatbestandselemente beschränken.

---

[1] FK, §1 Tz. 44.

Das Ziel unserer Arbeit wird wie folgt abgesteckt:

1. Zunächst werden die in der wissenschaftlichen Literatur vorgetragenen Gedanken zu den "volkswirtschaftlichen" Tatbestandselementen, in deren Mittelpunkt die BW steht, im einzelnen dargestellt. Dabei wird die Frage besonders berücksichtigt, was in Zusammenhang mit diesem Rechtssatz überhaupt unter Wettbewerb verstanden wird (erster Teil).
2. Anschließend soll das Gemeinsame der einzelnen Auslegungsversuche ergründet werden (zweiter Teil),
3. Letztlich wird eine eigene Erarbeitung des volkswirtschaftlichen Inhaltes des §1 präsentiert (dritter Teil).

Erster Teil: Darstellung

Zahlreiche juristische und ökonomische Autoren haben sich mit den Problemen der Auslegung "volkswirtschaftlicher" Tatbestandselemente in §1 beschäftigt. Im folgenden sollen die bekanntesten Auffassungen, und zwar 13 verschiedener Autoren, im Hinblick auf die zum 1. Ziel aufgeworfenen Fragen untersucht werden. [1] Ausgangspunkt für uns ist jeweils die Frage nach der Auslegung des Tatbestandselementes BW. Um dabei nicht im vorhinein wichtige Gedanken zu eliminieren, erfolgt die Untersuchung der in historischer Reiheifolge geordneten Meinungen weitgehend phänomenologisch.

---

[1] Es mag sein, daß der Leser in der Liste der 13 Autoren manchen Autor vermißt. Sein Fehlen braucht jedoch nicht zu bedeuten, daß wir ihn übersehen haben. So wurde z.B. auf eine das ganze "Konzept" von R. Lukes (Der Kartellvertrag, München-Berlin 1959) umspannende besondere Behandlung verzichtet, weil es Lukes in dieser Schrift fast ausschließlich auf die Erfassung →

A. Die Vorstellungen Benischs (1956)

> "Wenn man die schon viele Jahre in Wort und Schrift geführte Diskussion um das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen... verfolgt, muß man die überraschende Feststellung treffen, daß über den Inhalt und die Tragweite der im §1... enthaltenen Verbotsbestimmung relativ wenig nachgedacht worden ist." [1]

Mit diesen Worten beginnt 1956 - etwa zu der Zeit als der Bericht d.21. Ausschusses f. Wirtschaftspolitik (vgl. o.S. 1) erarbeitet wurde - Dr. Werner Benisch, Rechtsanwalt in Köln (Mitglied der Arbeitsgruppe Kartellrecht d. BDI), einen unter dem Titel "Einkaufsverbände und Kartellgesetz" stehenden Beitrag zur Festschrift für Rudolf Isay. Offenbar, um den Mangel an Nachdenken über Inhalt und Tragweite des §1 zu beheben, beschäftigt er sich in diesem Aufsatz mit der Frage, ob und inwiefern Einkaufsgenossenschaften von §1 betroffen sind, bzw. sein können.
Ausgehend von einer kritischen Betrachtung der von genossenschaftlicher Seite hierzu vorgetragenen Ansichten [2] - insbesondere denen Westermanns - faßte er die Auslegung der BW in folgende Kurzformel:

---

1) und Lösung juristischer Problematiken des §1 ankommt, nämlich zu zeigen, "ob und inwieweit im Rahmen von Kartellen allgemeine Regeln oder Normen aufgestellt werden, wie diese Aufstellungen juristisch einzuordnen und zu behandeln sind und wie die aufgestellten Regeln auf andere Rechtsbeziehungen wirken." (Ebenda, S.2) Wir haben trotzdem auf die Darstellung und Diskussion der Ansichten von Lukes wie der zahlreicher anderer Autoren dort nicht verzichtet, wo es die angesprochene Problematik verlangt.

1) Benisch, W., Einkaufsverbände und Kartellgesetz, in: Festschrift für R. Isay, Köln-Berlin 1956, S. 231.

2) Zur Literatur vgl. man: a. Ebenda, S. 233; b. Rauls, G., Wettbewerbsbeschränkungen durch freiwillige Handelsketten, Diss. Göttingen 1962, S. 50 ff.

> "Eine Beschränkung des Wettbewerbs liegt formal schon vor, wenn zwischen mindestens 2 Wettbewerbern die Konkurrenz in irgendeiner Beziehung ausgeschaltet wird, so daß ein Konkurrent dieser Wettbewerber insoweit auf gleiche Bedingungen stößt, die sich nicht im natürlichen Spiel des Marktes gebildet haben." [1]

Dieser Beschreibung der BW fügte er einige Zeit später (jedoch noch im gleichen Jahr) - nach der Antwort Westermanns [2] - eine zweite hinzu:

> Es "liegt eine Beschränkung des Wettbewerbs vor, wenn das unabhängige Streben der gleichgerichteten Marktteilnehmer in irgendeiner Form koordiniert wird, sei es durch die Vereinheitlichung der Preise oder der Geschäftsbedingungen, durch Aufteilung des Marktes oder durch Zusammenfassung des Verkaufs oder Einkaufs." [3]

Formal besteht jede Beschreibung aus zwei sich ergänzenden Teilen:

Beide Beschreibungen setzen in ihrem ersten formal unterscheidbaren Teil eine bestimmte Wettbewerbsvorstellung voraus. Bleibt diese in der ersten Beschreibung noch sehr anonym, so läßt die zweite erkennen, daß zum Wettbewerb das "unabhängige Streben der gleichgerichteten Marktteilnehmer" gehört.

---

1) Benisch, W., Einkaufsverbände und Kartellgesetz, a.a.O., S. 257; nachfolgend angegeben als: Einkaufsverbände..., S.

2) Westermann, H., Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956.

3) Benisch, W., Einkaufsmacht und Kartellbegriff, in: WuW 1956, 484; nachfolgend angegeben als: Einkaufsmacht..., S.

In ihrem zweiten Teil beschäftigen sich beide mit zusätzlichen Merkmalen der Beschränkung.
In der ersten Beschreibung stellt Benisch auf die Marktnebenseite der Wettbewerbsbeschränkenden ab, auf einen "Konkurrenten". Obwohl er nicht angibt, ob es sich hierbei um einen aktuellen oder potentiellen Konkurrenten handeln soll, scheint der letztere Fall sicher, denn sonst könnte - nach der ersten Beschreibung der BW - der Wettbewerb niemals beschränkt sein, wenn alle Teilnehmer einer Marktseite gemeinsam relevante Marktbedingungen festsetzen.

Die zweite Beschreibung ergänzt in ihrem zweiten Teil, was die erste andeutet: Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. vereinheitlichte Bedingungen, die sich "nicht im natürlichen Spiel des Marktes gebildet haben", werden durch die beispielhaft angeführten Praktiken erläutert. Benisch stellt hier also nur auf die an der BW Beteiligten ab.

Weiter in die materielle Seite dieser Darstellungen der BW bei Benisch dringt man mit der Frage ein, an welchem "großen Rahmen" - in den er seine Auffassungen von der BW einordnet - seine Gedanken für die Auslegung dieses Tatbestandselementes erkennbar haften.

Dieser Rahmen wird bei Benisch einmal durch die Orientierung der Auslegung an "Zwecken" des Gesetzes gebildet und zum anderen durch die Auslegung der im §1 der BW zugeordneten Tatbestandselemente.

I. Die Orientierung am "Zweck" des Gesetzes

Voraussetzung beider Beschreibungen der BW ist eine Vorstellung vom Wettbewerb. Die Vorstellung des Wettbewerbs orientiert Benisch wiederum an einigen ausgewählten Stellen der Regierungsbegründung. So wie das Antitrustrecht sich stets an einem obersten Leitgedanken, dem "öffentlichen Interesse" ausrichte, [1] stehe das Kartellgesetz unter dem in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes wiedergegebenen "Zweck":

> "Das Gesetz soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt". [2]

Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks sehe das Gesetz im Marktmechanismus, den es durch ein Verbot aller wettbewerbsbeschränkenden Koalitionen und durch eine behördliche Marktaufsicht über Großunternehmen zu sichern suche. [3]

Ein Abgehen von diesen Prinzipien gestatte das Gesetz nur in den Fällen, die es ausdrücklich in besonderen Vorschriften aufführe. Auf das Allgemeinwohl abgestellte Erwägungen, die in Ausnahmebereichen nicht ihren Niederschlag gefunden hätten, müßten daher bei einer sinnentsprechenden Auslegung des §1 außer acht bleiben. [4]

---

1) Einkaufsverbände..., S. 252.

2) Gem.K., 1.Aufl., S.1057.

3) Einkaufsverbände..., S. 261.

4) Ebenda, S. 261.

Das Wesen des Kartellrechts bestehe darin, den freien Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft zu schützen. Schutzgegenstand sei die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl.
Wettbewerb im Kartellrecht müsse als Antithese zum Monopolbegriff verstanden werden. Das bedeute,

> "daß Wettbewerb durch das Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Unternehmen gekennzeichnet ist." 1)

Es müsse ferner berücksichtigt werden, daß die Monopoltheorie 2)2. auf folgendes Charakteristikum Wert lege:

> "Die Quote des einzelnen muß so gering sein, daß sie ihm eine Preisstrategie nicht erlaubt; alle Wettbewerbsbeteiligten müssen machtlos sein." 2)

---

1) Einkaufsmacht..., S. 483.

2) Einkaufsmacht..., S. 483; Benisch bezieht sich hier auf zwei verschiedene Quellen:

1. Auf einen Satz aus der Regierungsbegründung:
"Es darf als eine sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden, daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat, d.h. die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist." Vgl. Gem. K., 1958, S. 1059.

2. Für die "Monopoltheorie" auf folgende Autoren:

Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 248.

Miksch, L., Zur Theorie des Gleichgewichts, in: ORDO 1948, 190.

Böhm, F., Das Kartellproblem, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 1951, 199; derselbe, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 20 ff.→

Diese Vorstellungen über Zweck und Mittel des Gesetzes haben den beiden oben angeführten BW-Formulierungen Benischs gemeinsam Pate gestanden. Die zweite Vorstellung unterscheidet sich für Benisch von der ersten wohl hauptsächlich durch bessere Wiedergabe von Wesentlichem. Vertrete man die soeben dargestellte Auffassung von Wettbewerb, so gehöre zu ihm weder begriffsnotwendig objektiv die Wirkung des eigenen Verhaltens auf die anderen Unternehmen der Branche (das subjektive "auf Kosten" oder "an Stelle") noch überhaupt subjektiv der Gedanken an die anderen. [1)]
Wohl aus diesem Grunde hat Benisch auf die Erwähnung des "Konkurrenten" (man vgl. die erste Darstellung der BW) in der zweiten Darstellung der BW verzichtet.

II. Zu den für eine Qualifizierung der BW zur WbV besonders relevanten Tatbestandselementen

Nicht jeder unter obige Beschreibungen der BW fallende Sachverhalt ist nach §1 unwirksam, denn nur solche Beschränkungen des Wettbewerbs sind hier relevant, die durch die anderen Tatbestandselemente eines Tatbestandes in bestimmter Weise qualifiziert werden. Nur solche Sachverhalte sind unwirksam, die solchen "qualifizierten" Beschränkungen des Wettbewerbs zuzurechnen sind. Wird der Wettbewerb geschützt, indem - wie Benisch meint - das Gesetz "Kartelle" verbietet,so ist die qualifizierte BW einem Kartelltatbestand (WbV)gleichzusetzen. Der Umfang der WbV bestimmt somit den Umfang des Wettbewerbsschutzes.

---

2)2.
Anmerkung: In dem hier unter 1. zitierten Satz der Regierungsbegründung sieht Benisch nur eine knappe und prägnante Wiedergabe des Kerns der neoliberalen Wirtschaftstheorie. Vgl. Einkaufsverbände..., S. 266 .

1) Einkaufsmacht..., S. 483 .

Benisch, bei dem dieser Gedanke zwischen den Zeilen steht, hat sich in seinen beiden hier zugrundegelegten Schriften mit den Tatbestandselementen beschäftigt, die im folgenden, von ihm gekürzten Tatbestand enthalten sind:

> "Verträge oder Beschlüsse, soweit sie geeignet sind, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen." 1)

Die wichtigsten Ausführungen Benischs zu den einzelnen Tatbestandselementen sollen im folgenden dargestellt werden.

a. Zu den Verträgen

Verträge sind nach Benisch Ausgangsbasis der WbV. Der Rechtsform der Verträge schenkt er keine besondere Aufmerksamkeit, denn

> "wie die amtliche Begründung zu §1 Ziff. 5 klarstellt, macht es keinen Unterschied, ob ein Kartell unter der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer juristischen Person errichtet wird." 2)

Der juristischen Person gebühre allerdings im Hinblick auf eine Abgrenzung zum Konzern Aufmerksamkeit, denn das Band der juristischen Person befreie zusammenwirkende Unternehmen vom §1, sobald diese durch ihr Mitgliedschaftsverhältnis die unternehmerische Selbständigkeit aufgäben. Mit den damit verbundenen Problemen hat sich Benisch nicht weiter beschäftigt. Ihn interessierten vor allem die Fragen, die mit der Auslegung der "Eignung" zusammenhängen.

---

1) Einkaufsmacht..., S. 486.

2) Ebenda, S. 489.

b. Die Eignung des Vertrages zur BW

Anlaß zur Behandlung dieses Problems war für Benisch die u.a. von Westermann vertretene Ansicht, daß wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen allein einen Vertrag noch nicht zum Kartellvertrag machen. Vielmehr sei für die Anwendung des §1 erforderlich, daß der Vertrag selbst wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen der Beteiligten enthalte.
Westermann folgerte diese Ansicht aus dem Wortlaut des §1, wonach der "Vertrag" zur Beschränkung des Wettbewerbs geeignet sein müsse, nicht der Zusammenschluß. [1)]
Die Verwendung der Begriffe "Vertrag" und "Beschluß" und nicht des Begriffes "Zusammenschluß" lasse auf das Erfordernis der rechtlichen Verpflichtung schließen, da nur jenen eine verpflichtende Wirkung zukomme. [2)]
Sichere Ergebnisse bei der Untersuchung von Zusammenschlüssen seien nur dann zu erwarten, wenn man für die Subsumtion unter §1 auf den juristisch faßbaren Vertrag und seinen Inhalt abstelle und nicht auf tatsächliche, schwankende Zustände. D.h., daß die Merkmale des Tatbestandselements BW im Vertrag positiv enthalten sein müssen, und zwar als Verpflichtung zu einem Verhalten, das der BW subsumierbar ist. Dieser uns als "Gegenstandstheorie" [3)] bekannten Ansicht setzte Benisch seine

---

1) Westermann, H., Einkaufszusammenschlüsse..., S. 20 f.

2) Ebenda, S. 22 f.

3) a. Vgl. Arbeitskreis Kartellrecht, Arbeitsunterlage der Tagung v. 28. u. 29.10.1965, S. 16.
b. Pickel. W., Aktuelles und Grundsätzliches zur Wirksamkeit des Kartellverbots, DB 1968, 297, zur Gegenstandstheorie:
"Nach dieser Rechtsauffassung... kommt es bei dem genannten Tatbestandsmerkmal lediglich darauf an, ob die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit des einzelnen Unternehmers durch rechtliche Verpflichtungen begrenzt wird."

später "Folgetheorie" [1] genannte gegenüber. Er geht dabei vom Wortlaut des §1 aus, der - so Benisch - durchaus nicht das Vorliegen von wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen verlange, die positiv im Inhalt des Vertrages fixiert sind. Benisch bezieht sich ferner auf die amtliche Begründung zu §1, die in Ziff. 3e ausführt:

> "Auf ein subjektives Merkmal - etwa derart, daß die Beteiligten die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen oder mindestens kennen - verzichtet das Gesetz. Hierfür war in erster Linie maßgeblich, daß es zur Erreichung des Gesetzeszwecks darauf ankommt, Maßnahmen zu bekämpfen, denen eine objektiv wettbewerbsbeschränkende Wirkung innewohnt. Folglich ist für die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte des §1 die objektive Eignung der Maßnahmen entscheidend, nicht die subjektive Einstellung der Beteiligten. [2]

---

1) Man vgl.:
a. Arbeitskreis Kartellrecht...a.a.O., S. 16.
b. Pickel, W.,...a.a.O., S. 297.

Anmerkungen: 1. Die Ausdrücke "Gegenstandstheorie" und "Folgetheorie" sind u.A. nach dem Sprachgebrauch zur Auslegung des §38 Abs. II S. 2 - einem Umgehungstatbestand des §1 - entliehen. Zu diesem Rechtssatz unterscheidet z.B. Benisch zwischen "Beschränkungstheorie" und "Einflußtheorie" (Benisch, W., Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlungen, WuW 1959, 7 ff). Hefermehl unterscheidet im gleichen Sinne zwischen einer Theorie der "faktischen Bindung" und einer Theorie der "wettbewerbsbeschränkenden Wirkung" (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., 1960, §38 GWB, Anm. 22).
2. Der Ausdruck "Folgetheorie" ist insofern irreführend, als er mit dem aus der Philosophie bekannten Zusammenhang zwischen Grund und Folge wenig zu tun hat. Grund und Folge bezeichnen dort eine logische und keine kausale Relation: "Das Ursache-Wirkungs-Verhältnis ist ein ontisches Verhältnis, das Grund-Folge-Verhältnis ein logisches. Jenes gehört der zeitlichen Ordnung an; dieses ist zeitlos". ⟶

Auf diese beiden Quellen gestützt schließt Benisch, daß die Beschränkung des Wettbewerbs nicht im Vertrag als Mitgliedspflicht festgesetzt zu sein braucht, sondern daß sie in der Schaffung einer Institution liegen kann, deren Tätigkeit sich in der Praxis als wettbewerbsbeschränkend erweist. [3]

c. Die Eignung der BW zur Beeinflussung der Marktverhältnisse

Neben der Eignung von Verträgen zur BW verlangt Benisch noch eine Eignung der BW zur Beeinflussung der Marktverhältnisse (nachfolgend: BM), indem er darauf hinweist, daß §1 Beschränkungen verbiete,

> "sofern sie zur Beeinflussung der Marktverhältnisse geeignet sind." [4]

Benisch stellt damit der Folgetheorie der BW aus dem Vertrage eine Folgetheorie der Marktbeeinflussung aus der BW zur Seite. Mittel zur BM ist dabei die BW. [5]

---

1) Hessen, Johannes, Lehrbuch der Philosophie, München-Basel 1962, Bd. III, S. 122. Dieser Fall ist jedoch im Rahmen des §1 unerheblich. Hier liegt der Beurteilung jeweils ein gegebener Vertrag zugrunde, der auf seine späteren Wirkungen analysiert werden soll. Insofern hat man gerade, wenn hier von Folgetheorie gesprochen wird, einen Zusammenhang im Sinne von Ursache und Wirkung im Auge.

2) Einkaufsverbände..., S. 254/255; Gem.K., 1958, S. 1067.

3) Einkaufsmacht..., S. 486.

4) Ebenda, S. 490.

5) Ebenda, S. 491.

Benisch erklärt seine Auffassung zur Auslegung dieses Tatbestandselements an folgendem Beispiel:

> "...wenn sich auf einem Wochenmarkt nur einige Marktfrauen über Gemüsepreise einigen, die anderen aber nach eigenen Überlegungen verkaufen, bestehen für die Hausfrauen derartig bequeme Möglichkeiten, dem Marktfrauenkartell auszuweichen, daß dieses zur Beeinflussung der Marktverhältnisse ungeeignet ist.
> Gleichermaßen dürfte eine Preis- oder Gebietsabsprache zwischen 2 regional auseinanderliegenden Produzenten eines Erzeugnisses unbedeutend sein, wenn die beiden Produzenten einer Vielzahl von Wettbewerbern gegenüberstehen..." 1)

In beiden Fällen liegen nach Auffassung Benischs BW vor - diese BW eignen sich jedoch in keinem der Fälle zu einer BM, weil ihnen ein gewisses "Gewicht" fehlt. 2) Für den Test, ob eine BW ausreichendes Gewicht zur Eignung zur BM besitzt oder nicht, stellt Benisch darauf ab, ob für die Marktgegenseite "bequeme Möglichkeiten" vorhanden sind, der BW auszuweichen, wobei er allerdings einsieht, daß damit ein sehr unsicherer Maßstab zur Beurteilung der Marktbeeinflussung gegeben ist, da die Schwelle zur Eignung "nicht nach einem allgemein gültigen Prozentsatz bemessen werden" 3) kann.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Benisch geht von dem Text des §1 im Regierungsentwurf, von der Regierungsbegründung und von der "Monopoltheorie" aus.
2. Er sieht das Schutzobjekt des Gesetzes im Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft.

---

1) Einkaufsverbände..., S. 258.

2) Ebenda, S. 258.

3) Ebenda, S. 259.

3. Er glaubt, daß Wettbewerb durch das Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Unternehmen gekennzeichnet ist.

4. Für ihn ist das Tatbestandselement BW dann erfüllt, wenn das unabhängige parallele Streben der gleichgerichteten Marktteilnehmer in irgend einer Form koordiniert wird.

5. Für ihn wird die BW durch Hinzufügen von ergänzenden Merkmalen (Tatbestandselementen) zur WbV. Deshalb beschäftigt er sich mit folgenden Problemen und vertritt dabei folgende Ansichten:
Dem Verhältnis Vertrag-BW: Folgetheorie; dem Verhältnis BW-BM: Eine Theorie i.S.d. Folgetheorie; dem Kriterium der "Eignung" zur BM: Sie liegt vor, wenn die Marktgegenseite keine "bequemen Möglichkeiten" hat, der BW auszuweichen.

B. Die Vorstellungen Ewalds (1956)

Zwischen den beiden vorstehend untersuchten Arbeiten Benischs veröffentlichte Ewald (langjähriger Leiter der ehem. Einspruchsabteilung und jetzigen Beschlußabteilung "Marktbeherrschung und Wettbewerbsregeln" beim BKartA) unter dem Titel "Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?" [1] seine Ansichten darüber, ob und inwiefern eine Einkaufsgenossenschaft unter die "Definition des Kartells im Sinne des §1 Entw. fällt oder fallen kann." [2] Um darzulegen, was er unter BW verstanden wissen möchte, geht er von zwei Wettbewerbsvorstellungen aus, die er als gleichwertig bezeichnet.

---

1) WuW 1956, 253 ff.
2) Ebenda, S. 253.

Er schreibt: Verstehe man unter Wettbewerb

> "das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit noch zu vermehren oder - was das gleiche besagt - das Streben, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmer, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen...,"

so komme es für die Wettbewerbsbeschränkung darauf an, ob dieses Streben beeinträchtigt werde. (Im Original: "...so läßt sich feststellen, daß... dieses Streben keineswegs beeinträchtigt wird.")[1] Kombiniert man seine Auffassung vom Wettbewerb mit der Aussage über die "Beeinträchtigung", dann gilt nach Ewald als Wettbewerbsbeschränkung:

(1a) Die Beeinträchtigung des Bestrebens, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit noch zu vermehren oder

- was nach Ewald das gleiche besagt -

(1b) die Beeinträchtigung des Strebens, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, dem Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen.

Damit ist jedoch nur ein Merkmal des Tatbestandselements BW beschrieben. Ewald fordert als zusätzliches, zweites Merkmal

(2) "daß sich die am Vertrag oder Beschluß Beteiligten zugunsten des Kollektivs des Rechts begeben, sich frei am Markt zu verhalten..."[2]

Erst beide Merkmale zusammen bilden für ihn den Inhalt der BW.[3]

Daneben besitzt Ewald noch eine weitere Vorstellung von einer im Rahmen des §1 seiner Ansicht nach relevanten Wettbewerbsbeschränkung, die - von den beiden zum Tatbestandselement BW gehörenden Merkmalen sachlich

---

1) Ebenda, S. 256.

2) Ebenda, S. 257.

3) Anmerkung: Interessant ist, daß Ewald für die BW sowohl auf ein "subjektives" (1a, 1b) wie auf ein "objektives" (2) Merkmal abstellt.

verschieden - hier mit der Bezeichnung "Wettbewerb sui generis" kenntlich gemacht werden soll. Worin diese Vorstellung besteht, wird sich bei der Überprüfung einer These Ewalds zeigen, nach der es horizontale Verträge gibt, die zwar nicht die Beschränkung des Wettbewerbs der Vertragsschließenden, wohl aber Dritter im Gefolge haben.

I. Zu den Quellen für Ewalds Merkmale des Tatbestandselementes BW

Es bleibt die Frage, auf welche Quellen Ewald seine Vorstellungen von der Auslegung der BW stützt. Um eine Antwort auf diese Frage zu finden, sind die Merkmale - den Gedanken Ewalds folgend - getrennt zu untersuchen.

Zu (1a)

Für die in dieser Beschreibung der Wettbewerbsbeschränkung enthaltene Wettbewerbsvorstellung bezieht sich Ewald auf einen 1954 unter dem Titel "Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln?" erschienenen Aufsatz Günthers [1]. An der angegebenen Stelle hat Günther den Wettbewerb allgemein in der von Ewald wiedergegebenen Weise beschrieben. Wenn Günther jedoch dort den Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB bezeichnet, dann ist damit eine andere, engere Vorstellung vom Wettbewerb verbunden, die er durch Hinzufügen eines weiteren Merkmals aus der allgemeineren Vorstellung gewonnen hat. Beinhaltet für Günther Wettbewerb allgemein

---

[1] Günther, E., Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln?, in: MA 1954, 346 ff.

> "als das Bestreben des am wirtschaftlichen Leben Teilnehmenden, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren... jede Art wirtschaftlicher Betätigung", [1]

so schützt das GWB nur jenen Teil dieses allgemeinen Wettbewerbs, der Leistungswettbewerb ist, indem es den Nichtleistungswettbewerb untersagt. Nicht-Leistungswettbewerb sind nach Günther "Wettbewerbshandlungen auf Kosten - also unter Verletzung entgegenstehender Rechte - Anderer". [2] Da Leistungswettbewerb und Nicht-Leistungswettbewerb Korrelativbegriffe sind, müßte Günther unter Leistungswettbewerb Wettbewerbshandlungen verstehen, die nicht unter Verletzung entgegenstehender Rechte Anderer vorgenommen werden.
Wie Ewald für das Tatbestandselement BW auf ein subjektives und ein objektives Merkmal abstellt, fordert Günther - der sich in dem angegebenen Aufsatz mit der BW nicht befaßt - für den Wettbewerb des Gesetzes ebenfalls ein subjektives und ein objektives Merkmal.

Die Gemeinsamkeiten, die sich bei beiden Autoren bis hierher feststellen lassen, gehen verloren, wenn man nach den weiteren Vorstellungen forscht, die sie in ihren Auffassungen vom Wettbewerb bzw. der BW des §1 leiten.

Oberster Leitgedanke ist für Günther das Ziel, dem die Funktion der Wirtschaft gelte: einer

> "größtmöglichen Anzahl von Menschen die notwendigen wirtschaftlichen Grundlagen zur Wahrnehmung ihrer Persönlichkeitsrechte innerhalb der Gemeinschaft" [3] zu gewähren.

Dem diene als Mittel der Art.2 Abs. I des Grundgesetzes, der für alle Bereiche des menschlichen Zusammenlebens die Entfaltungsfreiheit garantiere.

---

1) Ebenda, S. 347.

2) Ebenda, S. 347.

3) Ebenda, S. 347.

Im Bereich des Wirtschaftslebens werde die Entfaltungsfreiheit durch freien Zugang und freie Ausübung des Gewerbes dargestellt. Der Wettbewerb seinerseits "konkretisiere" sich im freien Zugang zum Gewerbe und freier Ausübung dieses Gewerbes. Er sei insofern "wirtschaftliche Betätigung", zugleich aber Mittel, um höheren Zwecken zu dienen. [1] Aufgabe des GWB sei nicht, den Wettbewerb zu ordnen, denn in der Marktwirtschaft führe der Wettbewerb selbst die Ordnung des Marktes herbei und bedürfe seinerseits nicht wiederum der Ordnung, [2] vielmehr solle das GWB die Freiheit des Wettbewerbs schützen. Schützenswert sei allerdings nur der Leistungswettbewerb, der sich vom Nicht-Leistungswettbewerb in der oben schon dargestellten Weise unterscheidet.

Betrachtet man diesen Katalog der Leitgedanken Günthers, so fällt auf, daß er an den "Persönlichkeitsrechten innerhalb der Gemeinschaft" alle nachgeordneten Mittel bis zum Schutzobjekt des GWB -

---

1) Ebenda, S. 347; Im Original lautet der Text wie folgt:

"Wettbewerb ist nicht Selbstzweck; er ist die Form der wirtschaftlichen Betätigung, die die im Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes garantierte Entfaltungsfreiheit für alle Bereiche des menschlichen Zusammenlebens im Bereich des Wirtschaftens dadurch konkretisiert, daß freier Zugang zum Gewerbe und freie Ausübung dieses Gewerbes der größtmöglichen Anzahl von Menschen die notwendigen wirtschaftlichen Grundlagen zur Wahrnehmung ihrer Persönlichkeitsrechte innerhalb der Gemeinschaft gewähren. Von diesem Blickpunkt aus ist die Funktion der Wirtschaft überhaupt zu sehen."

2) Ebenda, S. 346.

man vgl. die negative Abgrenzung des Leistungswettbewerbs durch "Verletzung entgegenstehender Rechte" - orientiert, während wirtschaftliche Mittel, die in seiner Skala an zweiter Stelle liegen und den Persönlichkeitsrechten dienen sollen, in den nachgeordneten Leitgedanken explizit nicht mehr auftauchen. Sofern man ihm nicht unterstellt, implizit sei darin die These enthalten, daß Freiheit zu Wettbewerbshandlungen, die nicht unter Verletzung entgegenstehender Rechte anderer vorgenommen würden, immer zur Bildung der "notwendigen wirtschaftliche Grundlagen für die größtmögliche Anzahl von Menschen" führt, müßte man ihm bei den nachgeordneten Leitgedanken eine Vernachlässigung der ökonomischen Gesichtspunkte vorwerfen.

Bei Ewald sind für die erste Wettbewerbsvorstellung solche Leitgedanken nicht ersichtlich.

Zu (1b)

Auch für die zweite Wettbewerbsvorstellung, die Ewald der Begründung zum Regierungsentwurf entnommen hat, [1] lassen sich solche Leitgedanken nicht feststellen.

Zur "Gleichheit" von (1a) und (1b)

Dafür scheint an dieser Stelle eine Bemerkung über die von Ewald behauptete "Gleichheit" der beiden Wettbewerbsvorstellungen angebracht:

Das "gleiche besagen" könnten die beiden Vorstellungen vom Wettbewerb nur, wenn sie inhaltlich die gleichen Erscheinungen derart umfassen, daß jeder Sachverhalt,

---

[1] Ewald, S. 256, Fußnote 13, stützt sich auf folgenden Satz der Regierungsbegründung: "... ist als Wettbewerb das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen." Vgl. Gem. K., 1958, S. 1076 .

der unter eine der beiden Vorstellungen subsumierbar ist (nicht subsumierbar ist), auch der anderen zugeordnet werden kann (nicht zugeordnet werden kann).
Ewald hat die erste Wettbewerbsvorstellung kritiklos von Günther übernommen. Sofern er damit der reichlich juristisch anmutenden Interpretation von Günthers "Kosten" folgt, ist aber auf keinen Fall einzusehen, inwiefern diese Wettbewerbsvorstellung das gleiche besagen soll wie die zweite, die mehr auf wirtschaftliche Erscheinungen (Qualität, Preis, Verbraucher) ausgerichtet ist.

Zu (2)

Erst beim zweiten Merkmal der BW wird bei Ewald eine Leitvorstellung erkennbar. Die Leitvorstellung liegt darin, daß er offenbar das Schutzobjekt des Gesetzes im Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft [1] sieht, indem er meint, nicht jede Berührung oder Minderung des Wettbewerbsgrades des Marktes reiche aus, um

---

[1] Wenn wir hier als Maßstab die Fassung dieses Begriffs nach Sauter zugrunde legen, die besagt:

"Ausgangspunkt und Rechtfertigung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist demnach nur eine wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung, nämlich die Überzeugung, daß die leistungsfähigste und daher zweckmäßigste Wirtschaftsform eine durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerte Marktwirtschaft ist.
Notwendiger Bestandteil dieser Wirtschaftsform ist der freie Wettbewerb. Die Steuerung der Wirtschaft über Angebot und Nachfrage durch den Preis ist nämlich nur dann voll funktionsfähig, wenn sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite eine möglichst große Zahl von Unternehmen steht und alle Marktteilnehmer volle wirtschaftliche Handlungsfreiheit haben." Vgl. Sauter, H., Der Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Mainz 1964, S. 75.

das Tatbestandselement BW zu erfüllen, vielmehr müsse der freie wirtschaftliche Wettbewerb als Grundlage der bestehenden Marktwirtschaft "beschränkt" werden. Dies sei er jedoch nur, wenn ihm durch das Merkmal (2) eine "Schranke" gesetzt werde, denn das heiße verhindern, daß sich der Warenumsatz im Rahmen des Leistungswettbewerbs frei entfalte. [1]

II. Zur Vorstellung von der Wettbewerbsbeschränkung sui generis

Müller-Henneberg zählt Ewald (neben Günther und Gabriel) zu jenen Autoren, die in ihrer Vorstellung von der Wettbewerbsbeschränkung auch darauf abstellen, ob die Freiheit der gegenüberstehenden Marktpartner beeinträchtigt wird. [2]
Müller-Henneberg gründet seine Aussage offenbar auf die von Ewald vertretene These, es gäbe horizontale Verträge, die zwar nicht die Beschränkung des Wettbewerbs der Vertragsschließenden, wohl aber Dritter im Gefolge hätten. Diese These entwickelt Ewald anhand von drei Beispielen. Wie er dabei vorgeht und welche Konsequenzen sich daraus für seine These ergeben, soll im folgenden untersucht werden:

Im ersten Beispiel betrachtet Ewald eine Wettbewerbsbeschränkung auf einem Markt, an dem nur Hersteller und Händler vorhanden sind:

---

1) Ewald, S. 257.

2) Müller-Henneberg, H., Zu den Begriffen "Kartell" und "Wettbewerbsbeschränkung", in: WuW 1963, 882.

> "Im Preiskartell einer Herstellergruppe beispielsweise beschränken sich einmal die Vertragsparteien im Wettbewerb, wenn sie sich verpflichten, sich gegenseitig preislich keine Konkurrenz zu machen; aber auch auf Dritte, den Handel, wirkt sich das Kartell wettbewerbsbeschränkend aus, denn der auf diese Erzeugnisse angewiesene Abnehmer ist nicht mehr in der Lage bei einem dieser Hersteller einen günstigen Preis auszuhandeln. Es verbleibt ihm nur der Weg, sich bei gleichem Preis für das qualitativ beste Erzeugnis zu entscheiden." [1]

Am vorliegenden Fall prüft Ewald an der Gruppe der Vertragsbeteiligten jedoch nicht, ob eine "Beschränkung des Bestrebens" vorliegt, sondern er stellt auf das 2. Merkmal, die Verpflichtung, sich keine Konkurrenz mehr zu machen, ab.
Gegenstand des Vertrages muß also offenbar die Begebung des Rechts sein, sich frei am Markt zu verhalten. Ewald ist damit im Hinblick auf das 2. Merkmal der BW als Vertreter der Gegenstandstheorie zu bezeichnen.

Unklar ist aber, ob und inwiefern bei der Gruppe der Vertragsbeteiligten das erste Merkmal der BW erfüllt sein soll: Sofern man Streben oder Bestreben als dem geistigen Bereich des Menschen zugehörig klassifiziert, ist nicht einzusehen, warum etwa ein Vertrag der die Freiheit zu gewissen Handlungen beschneidet, notwendig im Streben bzw. Bestreben der am Vertrag Beteiligten einen gleichgerichteten Niederschlag finden muß.

---

[1] Ewald, S. 256 .

Das Ewald mit den Worten Streben bzw. Bestreben andere Vorstellungen als die hier in Übereinstimmung mit der Literatur [1] unterstellten verbindet, wird bei ihm nirgends ersichtlich.

Unklar ist auch, welchen Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" er für die Marktgegenseite des Kartells anwendet. Hier liegt weder ein Vertrag vor, noch kann aus vorgenannten Gründen eine Beschränkung im "Streben" oder "Bestreben" relevant sein.
Streben kann die Marktgegenseite soviel sie will, der Erfolg ihrer Ankaufsverhandlungen hinsichtlich des Preises ist begrenzt. Obwohl sämtliche Nachfrager die Freiheit haben, niedrigere Preise zu verlangen, als das zusammengeschlossene Angebot fordert, ist ein solches Verlangen wegen des Kartells zwecklos geworden. Die Nachfrager sind damit in der zweckentsprechend zu nützenden Freiheit faktisch durch Wirkung des Zusammenschlusses der Anbieter beschnitten. Darin liegt nach Ewald ebenfalls eine "Wettbewerbsbeschränkung". Sie unterscheidet sich jedoch von dem 2. Merkmal der BW Ewalds auch dadurch, daß bei ihr die Betroffenen nicht am Vertrag oder Beschluß beteiligt sind. In ihr ist vielmehr die Wirkung des 2. Merkmals der BW zu sehen.

Zur Ergänzung seines ersten Beispiels deutet er ein zweites an:

---

[1] Man vgl. Knöpfle, R., Zum Wettbewerb im Sinne des §1 GWB, WuW 1962, 160.

> "Es wäre aber auch ein Kartell denkbar, das sich auf Dritte wettbewerbsbeschränkend nicht auswirkt, wie beispielsweise ein Preiskartell der Einzelhändler." [1]

Diese gegensätzliche Beurteilung von Hersteller - und Einzelhändlerkartellen ist nur erklärlich, sofern Ewald die Endverbraucher nicht als "Unternehmen" betrachtet. Sonst läge der gleiche Sachverhalt vor wie beim Preiskartell der Hersteller, nur daß an Stelle des Handels der Endverbraucher in der preislichen Auswahl beschränkt wird.

Setzen die Einzelhändler dagegen die Einkaufspreise fest, so nehmen sie den Lieferanten die Möglichkeit, einen der Leistung des Lieferanten und des jeweiligen Händlers unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse entsprechenden Preis auszuhandeln. [2]

Das dritte und letzte Beispiel bildet Ewald wie folgt:

> "Unterstellt den Fall, die Straßenbahngesellschaften verschiedener Großstädte verpflichten sich gegenseitig ihren gesamten Leitungsdraht ausschließlich von einem bestimmten Lieferanten zu beziehen.
> Diese Gesellschaften stehen weder miteinander noch mit Dritten im Wettbewerb, da sie - als Monopolbetriebe - bestimmte, lokal begrenzte Leistungen erbringen, die von keinem anderen der Vertragsschließenden und auch von keinem Dritten übernommen werden können." [3]

---

1) Ewald, S. 256.

2) Benisch, Einkaufsmacht..., S. 490.

3) Ewald, S. 256.

Ewald meint, hier würde das Streben der Vertragsbeteiligten keineswegs beeinträchtigt, sie "strebten" ja als Monopolbetriebe weiter, das 1. Merkmal der BW sei also zwischen den Vertragsbeteiligten nicht erfüllt. Das 2. Merkmal der BW liege allerdings zwischen den Vertragsbeteiligten vor, denn sie verzichteten vertraglich auf ihr freies Bezugsrecht. [1]

Betroffene dieses Zusammenschlusses seien aber Dritte, nämlich die Wettbewerber dieses einen Lieferanten, auf den sich die Belieferung der Vertragsbeteiligten konzentriere.

Darin liege eine Wettbewerbsbeschränkung. (Im Originaltext: "... weil schon das mit dem Zusammenschluß angestrebte gemeinsame Einkaufen Dritte - ... - im Wettbewerb beschränkt." Vgl. Ewald, S. 257)

Die Frage, ob diese Wettbewerbsbeschränkung von den Vertragschließenden beabsichtigt wäre, sei nicht relevant, denn es käme nur darauf an, daß der Vertrag sich eigne, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Das wäre hier der Fall, deshalb läge ein Kartellvertrag im Sinne des §1 vor. [2]

Kritisch zu diesem Beispiel ist mit Benisch [3] zu bemerken, daß Ewald hier Absatz- und Bezugmarkt durcheinanderwirft, denn nicht der Absatzmarkt der Straßenbahngesellschaften ist hier relevant, sondern ihr Bezugsmarkt für Leitungsdraht. So gesehen unterscheidet

---

1) Ewald, S. 257.

2) Ebenda, S. 257.

3) Benisch, Einkaufsmacht..., S. 484.

sich im ersten Beispiel die auf der (den Vertragsbeteiligten gegenüberliegenden) Nachfrageseite eintretende "Wettbewerbsbeschränkung" sachlich nur geringfügig von der "Wettbewerbsbeschränkung bei Dritten" im letzten Beispiel.

Abgesehen davon, daß in diesem dritten Beispiel statt der Nachfrageseite die Angebotsseite den Vertragsbeteiligten gegenüberliegt und daß im ersten Beispiel alle Nachfrager dem Preiskartell gegenüber gleich behandelt werden, während im dritten Beispiel ein Anbieter bevorzugt wird, unterscheidet sich der Ausschluß der Freiheit für die am Vertrag zwar nicht Beteiligten, aber durch ihn im Sinne Ewalds "wettbewerbsbeschränkend" Betroffenen kaum:
In beiden Fällen sind diese Betroffenen in ihrer als Anbieter bzw. Nachfrager zweckentsprechend zu nützenden Freiheit faktisch durch die Wirkung des vertraglichen Zusammenschlusses der jeweiligen Marktgegenseite beschnitten.

Dieser Sachverhalt, den Ewald ebenfalls als Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet und durch den er das bei den Vertragsbeteiligten seiner Meinung nach fehlende 1. Merkmal ersetzt, läßt sich wegen der zum ersten Beispiel schon geltend gemachten Überlegungen weder unter das 1. noch das 2. Merkmal der BW Ewalds subsumieren. In ihm muß im Rahmen der Ausführungen Ewalds eine Wettbewerbsbeschränkung sui generis gesehen werden, die sich von den für das Tatbestandselement BW geforderten Merkmalen sachlich unterscheidet.

Beachtenswert ist, daß Ewald für seine Wettbewerbsbeschränkung sui generis eine Folgetheorie vertritt: Er stellt bei der Besprechung des dritten Beispiels ausdrücklich darauf ab, ob das 2. Merkmal seiner BW geeignet ist, eine derartige Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.

Hinsichtlich dieser Wettbewerbsbeschränkung sui generis hat Müller-Henneberg mit obiger Aussage Recht, Ewald stelle auch darauf ab, ob die Freiheit der gegenüberstehenden Marktpartner beeinträchtigt werde.

Interessant wäre, Ewalds Meinung darüber zu erfahren, welchem Tatbestandselement die Wettbewerbsbeschränkung sui generis zuzurechnen ist, der BW oder der BM. (Dieses Tatbestandselement erwähnt er auf S. 257, die "Erzeugung" erwähnt er nicht.)
Für die erste Zurechnung spricht, daß er im dritten Beispiel die seiner Ansicht nach fehlende Beschränkung im Streben der Vertragsbeteiligten durch das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung sui generis ausgleicht.
Für die zweite Zurechnung spricht, daß er die Sachverhalte des 1. und 3. Beispiels, ohne die Eignung zur Marktbeeinflussung zu prüfen, unter §1 subsumiert.
Zu dieser Frage äußert sich Ewald jedoch nicht.

Abschließend muß zu den drei Beispielen festgestellt werden, daß Ewald mit ihrer Hilfe seine obige These (vgl. S. 32) nicht überzeugend zu begründen vermag.

Ergänzende Bemerkungen

Wie Benisch unterscheidet Ewald zwischen BW und WbV. Neben den Ausführungen zur BW geht er sehr allgemein auf die Tatbestandselemente "gemeinsamer Zweck", "Unternehmen" und "Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen" ein.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Ewald geht aus vom Text des §1 im Regierungsentwurf, einer Wettbewerbsvorstellung aus einem Aufsatz Günthers (zu unten 1a), einer Textstelle der Regierungsbegründung (zu u. 1b), der vermutlichen Vorstellung, Schutzobjekt des GWB sei der Wettbewerb als Institution (zu u. 2) und drei Beispielen.

2. Er glaubt, daß das Tatbestandselement BW zwei Merkmale aufweist:

   (1a) Die Beeinträchtigung des Bestrebens, den eigenen Kundenkreis auf Kosten eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit noch zu vermehren oder

   (1b) die Beeinträchtigung des Strebens, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, dem Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen.

   (2) Daß sich die am Vertrag oder Beschluß Beteiligten zugunsten des Kollektivs des Rechts begeben, sich frei am Markt zu verhalten.

3. Er hat die Vorstellung von einer zusätzlichen, im Rahmen des §1 relevanten, Wettbewerbsbeschränkung sui generis.

4. Für das Verhältnis Vertrag-BW (Merkmal 2) gilt die Gegenstandstheorie; für das Verhältnis BW (Merkmal 2)-Wettbewerbsbeschränkung sui generis eine Folgetheorie.

5. Im Rahmen der WbV beschäftigt er sich oberflächlich mit den Tatbestandselementen "gemeinsamer Zweck", "Unternehmen", und "Beschlüssen von Vereinigungen von Unternehmen".

C. Die Vorstellungen Günthers (1957)

Ein Jahr nach Ewald verlieh Günther, der spätere Präsident des Bundeskartellamtes (damals Leiter des Kartellreferates im Bundeswirtschaftsministerium), seiner Meinung über die Auslegung des Tatbestandselementes BW schriftlich Ausdruck. Ebenso wie Benisch und Ewald stellte Günther die Frage, ob und inwiefern Einkaufs- und Bezugsgenossenschaften unter §1 subsumierbar sind.
Bei Untersuchung der mit dieser Frage verbundenen Probleme forderte er für das Tatbestandselement BW:

> "Eine 'Wettbewerbsbeschränkung' liegt... dann vor, wenn dem einzelnen Marktteilnehmer die Freiheit der Entscheidung, sich am Markt neben anderen Mitbewerbern bezüglich des Angebots oder der Nachfrage an in Betracht kommende Marktpartner zu wenden, eingeengt wird." 1)

Diese Auffassung von der BW orientierte Günther an seiner Vorstellung vom Zweck des Gesetzes, vom Wettbewerb und seinen Zwecken, sowie bei ihrer Qualifizierung zur WbV am Wortlaut des §1.

I. Günthers Orientierung am Zweck des Gesetzes, am Wettbewerb und seinen Zwecken

Zweck des Gesetzes und damit des §1 sei

> "die Sicherung und Förderung des Wettbewerbs auf den Märkten und die Einengung wirtschaftlicher Macht... wenn diese zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung mißbraucht wird." 2)

Einziges Schutzobjekt ist hier demnach der Wettbewerb. Wettbewerb ist für ihn nicht Selbstzweck (= Ziel), sondern Mittel, um vor allem zwei politisch wünschenswerte Wirkungen hervorzubringen:

---

1) Günther, E., Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, in: MA 1957, 36 u. 43.

2) Ebenda, S. 40/41.

Als erste wünschenswerte Wirkung des Wettbewerbs nennt Günther die Förderung des Austausches gleichwertiger Leistungen und damit Durchsetzung eines universellen ökonomischen Gerechtigkeitsprinzips, das in leistungsgemäßer Einkommensverteilung liegt. [1] Ferner diene der Wettbewerb mit Hilfe des Gesetzes vom Ausgleich der Grenzerträge, eventuell unter Vermeidung von zerrütteten Preisgefügen, Fehlinvestitionen, krisenhaften Wirtschaftsprozessen, Beschäftigungslosigkeit, unübersehbaren wirtschaftlichen und sozialen Spannungen einer allgemeinen Wohlstandsförderung. [2] Gerechtigkeitsprinzip und Wohlstandsförderung sind die beiden höchsten bei Günther hier erkennbaren Zwecke, denen der Wettbewerb zu dienen hat.

Von diesen beiden Zwecken scheint Günther dem Gerechtigkeitsprinzip den Vorrang einzuräumen, denn während er von diesem Prinzip ausgeht und im Laufe seiner Ausführungen an verschiedenen Stellen darauf zurückgreift, erwähnt er die Wohlstandsförderung nur ein einziges Mal - unmittelbar nach einem Hinweis auf das Gerechtigkeitsprinzip. [3]

---

1) Ebenda, S. 35.

2) Ebenda, S. 35.

3) a. "Im Sinne des wirtschaftlichen Gerechtigkeitsprinzips und einer allgemeinen Wohlstandsförderung..."
Vgl. ebenda, S. 35.

b. Diese beiden Leitvorstellungen und ihre vermutliche Rangordnung erinnern sehr an die früheren Ausführungen Günthers (vgl. MA 1954, 346 ff), die oben (vgl. S. 26) im Zusammenhang mit der Meinung Ewalds abgehandelt wurden.

Mit Bezug auf das Gerechtigkeitsprinzip betont Günther, daß der Wettbewerb diese Funktion in "idealer" Vollkommenheit nur unter den Voraussetzungen der Marktform der vollständigen Konkurrenz [1] erfüllen könne. Diese Marktform sei aber aus vielerlei Ursachen auf realen Märkten fast nie [2] anzutreffen, hier seien die vom Teiloligopol bis zum Teilmonopol reichenden Märkte die häufigere Erscheinung. [3]

Die Herbeiführung dieser Marktform werde mit dem Gesetz auch nicht angestrebt, da sich

1. auf verschiedenen Märkten aufgrund eines begrenzten Bedarfs die Zahl der Anbieter und Nachfrager nicht in dem für die vollständige Konkurrenz erforderlichen Umfange erhöhen lasse [4] und

2. allgemein die fortschreitende Arbeitsteilung im gesellschaftlichen Produktionsprozess zwar zu wachsender Ergiebigkeit der Erzeugung führe, andererseits aber eine immer stärkere Ballung von Kapital und Arbeitskraft erfordere. [5]

---

1) Er sieht sie - wohl in Anlehnung an W. Eucken - dann als gegeben an,

"wenn die Zahl der Marktpartner auf der Angebots- wie auf der Nachfrageseite bei unwesentlich verschiedenen Marktanteilen so groß ist, daß der einmal zustande gekommene Marktpreis für jeden der Marktteilnehmer eine praktisch unbeeinflußbare Größe darstellt."
Vgl. Ebenda, S. 36.

2) In Anbetracht dieser Behauptung ist unverständlich, wenn Günther eine Seite weiter (S.36) von der "Marktform der vollständigen Konkurrenz als einem... nur in der Theorie bestehenden Modell" spricht.

3) Ebenda, S. 35.

4) Ebenda, S. 36.

5) Ebenda, S. 35/36.

In Anbetracht dieser Leitgedanken fordert Günther eine Wettbewerbsvorstellung für das Gesetz, die in allen Marktformen außer der des Monopols anwendbar ist. [1] Um dieser Forderung zu genügen, möchte er

> "als... Wettbewerb... das Bestreben eines Marktteilnehmers... anstelle eines anderen gleichgerichteten Mitbewerbers ein Kauf-Tauschgeschäft oder einen Miet-, Pacht- oder auf gewerbliche Leistungen gerichteten Vertrag mit anderen Marktpartnern abzuschließen", [2]

verstanden wissen. Dieser Beschreibung vom Wettbewerb fügt Günther drei Prämissen hinzu:

1. Mindestens zwei Wirtschaftssubjekte auf der gleichen Marktseite.
2. Zwischen ihnen müsse ein "Nebeneinander-Verhältnis" bestehen.
3. Die Interessenbereiche (Beschaffungs- oder Absatzbereiche) der Wirtschaftssubjekte müßten sich "überschneiden". [3]

Ob und inwiefern die 2. und 3. Prämisse - was man vermuten könnte - das gleiche besagen, ist nach Günthers Ausführungen nicht erkennbar. An diese Wettbewerbsvorstellung "anknüpfend" [4], formuliert er seine Wettbewerbsbeschränkung, die den Inhalt des Tatbestandselements BW bilden soll (Vgl. o.S.39). Um den Wettbewerb durch §1 zu schützen, sieht er für die BW als entscheidend an,

> "ob durch den Zusammenschluß die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, sich am Markt neben anderen Mitbewerbern an in Frage kommende Marktpartner zu wenden, eingeengt wird." [5]

---

1) Ebenda, S. 36.

2) Ebenda, S. 35.

3) Ebenda, S. 35.

4) Ebenda, S. 36.

5) Ebenda, S. 43.

II. Zu den für eine Qualifizierung der BW zur WbV besonders relevanten Tatbestandselementen

Wie Benisch und Ewald unterscheidet auch Günther zwischen BW und WbV.

Um zu untersuchen, ob und inwiefern Einkaufs- und Bezugsgenossenschaften "Kartelle" sind, geht er von einem gekürzten Tatbestand des §1 aus: [1]

> "Verträge, die Unternehmen... zu einem gemeinsamen Zweck schließen... soweit sie geeignet sind... die Marktverhältnisse... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

Dieser "Kartell"-Tatbestand weist nach Günther vier "Tatbestandsmerkmale" (nach unserer Sprachregelung-Tatbestandselemente) auf. Gekürzt wiedergegeben, liegen die ersten beiden Tatbestandselemente im "Vertrag zu gemeinsamen Zweck" und in den "Unternehmen".
Mit ihnen beschäftigt sich Günther in dem hier zugrundegelegten Aufsatz nicht, da sie nach seiner Ansicht rechtlich einwandfrei feststellbar sind.
Auf die Auslegung der restlichen Tatbestandselemente, auf die "Beschränkung des Wettbewerbs" und die "Eignung zur Marktbeeinflussung" (Eignung zur BM), konzentriert er dagegen seine Bemühungen. Als Grund dafür gibt er an, diese Tatbestandselemente enthielten volkswirtschaftliche Kriterien, die im Gesetz nicht näher erläutert und allgemein unterschiedlich interpretiert würden. [2]
In seinem hier zugrunde gelegten Aufsatz, in dem sich Günther hauptsächlich mit der Frage beschäftigt

---

1) Ebenda, S. 36.

2) Ebenda, S. 36.

> "ob §1 voraussetzt, daß die Wettbewerbsbeschränkung den Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung darstellen muß oder ob bereits tatsächliches Gleichverhalten... genügt", [1]

prüft er deshalb auch nur die beiden für ihn relevanten Tatbestandselemente in folgender Weise:

Zuerst untersucht er, ob genossenschaftliche Vertragswerke die Tatbestandselemente (Günther spricht hier nur von einem einzigen Tatbestandsmerkmal) "geeignet ... die Marktverhältnisse... zu beeinflussen" erfüllen. [2]

Darin, daß er die BM vor der BW prüft, mag man einen arbeitstechnischen Vorteil erblicken, denn es ist ungleich schwieriger von der Ursache auf die Wirkung zu schließen, als von der Wirkung auf die Ursache. [3] Unter Marktverhältnissen versteht er dabei jene Summe an Eigenschaften, "die einem bestimmten Markt das besondere Gepräge gibt." [4] Charakteristische Eigenschaften sind für ihn

> "die Größe und Verteilung der Marktanteile auf die einzelnen Marktpartner, die Art und Intensität des Wettbewerbs, die Form der Preisbildung, die Zugänglichkeit des Marktes, die Art des Auftretens der Marktpartner." [5]

Da der Zweck des Gesetzes eine Beschränkung der Untersuchung allein auf mögliche verpflichtende Bestimmungen des Vertragswerkes nicht erlaube, weil sonst das Gesetz in jeder Hinsicht umgangen werden könne, will er die Eignung des Vertrages zur Beeinflussung der Marktverhältnisse "in der ganzen Breite und Tiefe seiner unmittelbaren Wirkungen" [6] untersuchen.

---

1) Ebenda, S. 37.

2) Ebenda, S. 42: "Ich wende mich zunächst der Frage zu, ob der... Zusammenschluß zu einer Beeinflussung der Marktverhältnisse... führt."

3) FK. §1 Tz. 53.

4) Günther, E., Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 42.

5) Ebenda, S. 42.

6) Ebenda, S. 41.

Sofern der Inhalt eines Vertrages die Kartelltatbestandsmerkmale nicht erfüllt, wäre daraus der Schluß, daß hier kein Kartell vorliegt, verfrüht. Es sei vielmehr zusätzlich zu prüfen, ob der durch den Vertrag zustandegekommene Zusammenschluß geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen.
Wie daraus zu ersehen ist, stellt Günther eindeutig auf eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie zwischen Vertrag und BM ab.
Die Eignung eines Vertrages zur BM liege immer vor, wenn die Marktteilnehmer, die bislang bei der Beschaffung von Waren und Leistungen hinsichtlich der Gestaltung der Preise, Lieferbedingungen usw. individuell vorgegangen sind, beschließen, sich in Zukunft auf dem Markte (z.B. durch gemeinsame Beschaffung, durch Andersgestaltung des Kundendienstes, der Zahlungsbedingungen u.ä.) gleichförmig oder überhaupt abweichend zum bisherigen Vorgehen zu verhalten. Auf den Grad der Beeinflussung bzw. den Umfang der Änderung der Marktverhältnisse komme es dabei nicht an. [1]
Erst nach Feststellung der Eignung des Vertrages zur BM prüft Günther die BW, denn es könne nach dem §1 nur die BM relevant sein, die auf eine BW zurückzuführen ist.
Zu diesem Zweck untersucht er, ob der Vertrag geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Auch hier kommt es ihm nicht darauf an, daß der am Zusammenschluß Beteiligte vertraglich auf bestimmte Freiheiten verzichtet, sondern daß durch den Zusammenschluß die Entscheidungsfreiheit irgend eines Marktteilnehmers [2] - auch

---

[1] Ebenda, S. 42.

[2] Es genügt Günther für die BW, daß die Entscheidungsfreiheit bei Dritten, z.B. auf der Marktgegenseite des Zusammenschlusses, beeinträchtigt wird. Ein Beispiel für einen Fall, wo nur Dritte betroffen sind, bringt er jedoch nicht. Vgl. ebenda, S. 45.

eventuell eines gegenüberstehenden Marktpartners - eingeengt wird. Es genügt also offenbar, daß die BW, die Einengung einer relevanten Entscheidungsfreiheit, Folge des Vertrages ist; ja sie muß sogar Folge sein, sofern man die Freiheit der Entscheidung als dem geistigen Bereich des Menschen zugehörig erkennt. Um Dinge im geistigen Bereich des Menschen bindend festzulegen, sind Verträge bestimmt nicht geeignet. Sie dürften höchstens geeignet sein, dergleichen Dinge zu beeinflussen, indem sie die rechtliche Möglichkeit zu Handlungen steuern und von daher Rückwirkungen auf die geistige Freiheit, sinnvolle Entscheidungen zu treffen, zu erwarten sind. Günthers Ansicht über das Verhältnis von Vertrag und BW entspricht demnach der Folgetheorie.

Die Frage, ob und inwiefern zwischen der BW und der BM eine Beziehung im Sinne der Folge- oder der Gegenstandstheorie besteht, führt zu einem interessanten Punkt in den Ausführungen Günthers:

Wie oben dargelegt, versteht Günther unter "Marktverhältnisse" jene Summe an Eigenschaften, die einem bestimmten Markt das Gepräge geben. Zu diesen Eigenschaften gehören auch Art und Intensität des Wettbewerbs. Die Tatsache, daß Günther den Wettbewerb in die Marktverhältnisse einschließt, ist wichtig, denn damit wird es für ihn überflüssig, jemals das Tatbestandselement BM nach der BW zu prüfen. Wenn der Wettbewerb beschränkt wird, ändert sich zumindest - ex definitione - eine relevante Markteigenschaft, damit ändern sich die Marktverhältnisse. Es liegt zugleich auch immer eine BM im rechtserheblichen Sinne vor, denn Günther lehnt ja für dieses Tatbestandselement Elemente der Quantität und Intensität völlig ab. [1] Die begriffliche Verbindung von BW und BM läßt erkennen, daß

---

[1] Kritisch zu dieser Auffassung Günthers FK, §1 Tz. 48-50 .

zwischen den beiden Tatbestandselementen eine Beziehung im Sinne der Gegenstandstheorie vorliegt, denn der Inhalt der BW ist zugleich ein Teil des Inhalts der BM. Beginnt man den Test eines Sachverhaltes mit einer Untersuchung auf BW, so ist eine Untersuchung der BM immer überflüssig.
Daraus wird ersichtlich, daß für Günther - sofern die Untersuchung auf §1 mit dem Test der BW beginnen würde - die BM überhaupt nicht in §1 enthalten zu sein brauchte.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Günther geht aus von dem Text des §1 im Regierungsentwurf; dem Gedanken, Schutzobjekt des Gesetzes sei der Wettbewerb; dieser sei Mittel, um vor allem ein universelles ökonomisches Gerechtigkeitsprinzip, das in leistungsgemäßer Einkommensverteilung liegt, durchzusetzen und den Wohlstand zu fördern; ferner von der Einsicht, daß die Marktform der vollständigen Konkurrenz zwar gerechte Einkommensverteilung auf ideale Weise verbürge, auf realen Märkten aber fast nie anzutreffen und auch nicht erstrebenswert sei, weil sie der zur Wohlstandsförderung unerläßlichen Arbeitsteilung widerspreche.

2. Diese Gedanken leiten seine Auffassung vom Wettbewerb (vgl. o.S. 42) und der BW (vgl. o.S. 39).

3. Im Rahmen der WbV beschäftigt er sich mit der BM (vgl. S. 44). Der Inhalt der BW ist zugleich ein Teil des Inhaltes der BM. Zwischen beiden herrscht eine Beziehung im Sinne der Gegenstandstheorie.

4. Seine Ansicht über das Verhältnis von Vertrag und BM (die er vor der BW testet) entspricht der Folgetheorie; seine zum Verhältnis von Vertrag und BW erkennbare Auffassung entspricht ebenfalls der folgetheorie.

D. Die Vorstellungen von Borchardt und Fikentscher (1957)

Unter dem Titel "Wettbewerb Wettbewerbsbeschränkung Marktbeherrschung" [1] veröffentlichte 1957 das sich aus dem Nationalökonomen Knut Borchardt und dem Juristen Wolfgang Fikentscher zusammensetzende Team (im folgenden abkürzend mit BF bezeichnet) eine Abhandlung, deren Aufgabe die

> "richtige Erfassung dreier wirtschaftlicher Tatbestände: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung" [2]

sein sollte. Ihre Begründung für die Übernahme dieser Aufgabe lautet:

> "Die Formulierung dieser drei Tatbestände des Wirtschaftslebens zu Rechtsbegriffen ist erforderlich geworden... durch die Vorarbeiten zu einem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen." [3]

Das Ergebnis der Arbeit zur Erfassung der "Wettbewerbsbeschränkung" kondensiert sich im Hinblick auf den §1 um zwei Tatbestandselemente: um (a) die BW, deren Auslegungsinhalt BF als "formale Wettbewerbsbeschränkung", und um (b) die BM, deren Auslegungsinhalt sie als "materielle Wettbewerbsbeschränkung" bezeichnen:

> (a) "Unter einer formalen Wettbewerbsbeschränkung versteht man die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber), eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gerichtet ist.

---

1) Borchardt, K., Fikentscher, W., Wettbewerb Wettbewerbsbeschränkung Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.

2) Ebenda, Vorwort.

3) Ebenda, Vorwort.

(b) Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung (Marktbeherrschung) ist eine formale Wettbewerbsbeschränkung, die das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt." [1]

Die Auffassung der beiden Autoren über die Auslegung von BW und BM wird ersichtlich im wesentlichen von folgenden Gedanken bestimmt:

I. Zu den leitenden Gedanken

Bei der Suche nach den leitenden Gedanken für diese Interpretation der Tatbestandselemente muß man sich u.E. vor einer falschen Fährte hüten:
Die Kritik, die BF an einigen Wettbewerbsbegriffen [2] gleich zu Beginn ihrer Abhandlung üben, dient ihnen

---

[1] Ebenda, S. 29.

[2]
a. Dem "vollkommenen Wettbewerb" der Regierungsbegründung: "Die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist". Vgl. ebenda, S. 1.

b. Dem Konkurrenzbegriff von W. Eucken, dem die Regierungsbegründung - so BF-mit dem obigen Zitat gefolgt sei. Vgl. ebenda, S. 1.

Hier ist anzumerken, daß BF ebenda auf S. 4 eine Fehlinterpretation Euckens "vollständiger Konkurrenz" unterläuft. BF schreiben:

"... der Landwirt setzt in seine Produktions- und Absatzplanung den Preis als etwas Gegebenes... ein... Diese Verhaltensweise nennt E u c k e n vollständige Konkurrenz."

BF beziehen sich für diese Ausführungen auf Euckens "Grundsätze der Wirtschaftspolitik," 1952, S. 248 (vgl. BF, ebenda, S. 4, Fußnote 12). Dort steht aber:

"Ein Landwirt beachtet bei der Aufstellung seiner Wirtschaftspläne nicht die Reaktion, →

nicht - wie man glauben könnte - zur Erarbeitung der "richtigen" Wettbewerbsvorstellung: Eine solche besitzen sie bereits. Sie ermöglicht ihnen die Kritik, die selbst offenbar nur dazu dient, den für richtig befundenen Wettbewerb vergleichend mit anderen Vorstellungen zu explizieren. Es wäre deshalb verfehlt zu behaupten, BF orientierten sich für ihre Wettbewerbsvorstellung an diesen von ihnen kritisierten Wettbewerbsbegriffen. Ihre Vorstellung vom Wettbewerb gründet auf Gedanken, die sich um Ziel und Praktikabilität des Wettbewerbs ranken:

a. Das "Ziel" des Wettbewerbs

Jeder wirtschaftliche Wettbewerb - auch der durch §1 geschützte - ist auf ein Ziel [1] gerichtet:

---

die seine Verkäufe an Weizen auf dem Weizenmarkt ausüben - weil sein Angebot relativ zu klein ist. Seinen Plänen legt er... Preise... zugrunde... die sich auf dem Markt bilden... Dies ist Konkurrenz."

Und

"Wenn sowohl Anbieter als auch Nachfrager in Konkurrenz miteinander liegen und wenn sie danach ihre Wirtschaftspläne aufbauen, so ist die Marktform der vollständigen Konkurrenz realisiert."

Man sieht: Eucken spricht - wenn er nur eine Marktseite im Auge hat - von "Konkurrenz", von "vollständiger Konkurrenz" erst dann, wenn auf beiden Marktseiten Konkurrenz herrscht.

c. Der "vollkommenen Konkurrenz" im Sinne der "statischen Theorie", ebenda, S. 3,8,9 .

d. Der "reinen Konkurrenz" und "monopolistischen Konkurrenz" nach Chamberlin, ebenda, S. 3, 12 ff .

1) Ebenda, S. 27 .

> "Das Z i e l des wirtschaftlichen Wettbewerbs innerhalb der menschlichen Gesellschaft ist - gesehen von der Gesamtheit her - die Bereitstellung 'möglichst günstiger Geschäftsbedingungen', also die Versorgung der Allgemeinheit mit Gütern und Leistungen nach dem jeweils günstigsten Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung." [1]

Woher BF diese Zielsetzung beziehen, ist nicht ersichtlich. [2]

b. Zur Praktikabilität des Wettbewerbsbegriffs

Der Wettbewerb als Mittel zur Verfolgung dieses Zieles wird durch das GWB besonders geschützt. Wirksamer Schutz erfordert einen juristisch möglichst praktikablen Wettbewerbsbegriff. Juristisch praktikabel sei jedoch

> "nur ein Wettbewerbsbegriff, den die Wirtschaft versteht", [3] bzw. deutlicher: Wettbewerb wie ihn die Praxis kennt. [4]

---

1) Ebenda, S. 26.

2) Fikentscher hat später diese Zielsetzung ergänzt, ohne explizit der Wettbewerbsdefinition einen anderen Inhalt beizulegen:
In seinem Aufsatz "Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung §1 GWB" in: WuW 1961, 788 ff (im folgenden unter dem Stichwort "Neuere" zitiert) ergänzt er die zweite Klammer der oben dargestellten Definition (vgl. S. 48) durch den Zusatz "oder Lieferanten", ferner ersetzt er den Passus "durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" durch die Wendung "durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen". Begründung: Er glaubt, daß diese sprachlichen Änderungen den - seiner Ansicht nach offenbar gleichgebliebenen - gedanklichen Inhalt besser erkennbar machen. Man vgl. ebenda, S. 796/798.
Zur Zielsetzung schreibt er ebenda auf S. 790: "Im GWB geht es nicht um den Wettbewerb als wirtschaftliches Phänomen, sondern auch um den Wettbewerb als Ausdruck politischer Freiheit und sozialen Kräfteausgleichs.

3) BF, ebenda, S. 10.

4) Ebenda, S. 10.

Hinter dieser These verbirgt sich offenbar im Hinblick auf §1 der folgende begründende Gedankengang: Wettbewerb im Sinne des GWB sei Leistungswettbewerb [1], d.h. ihm sei der beim einzelnen Wettbewerber ansetzende Anreiz zur Leistung - die in der Regel mit Anstrengung verbunden sein dürfte, aber notwendig ist, um die vom Wettbewerber in den Markt gesetzten Erwartungen zu realisieren - wesenseigen. Soll die Auslegung des §1 realitätsnah auf maximalen Wettbewerbsschutz abzielen, so müsse sie eine Anwendung des Rechtssatzes auf alle Verträge oder Beschlüsse ermöglichen, mit denen Praktiker ihre marktbezogenen Anstrengungen [2] verhindern. §1 könne somit erst seine volle Schutzwirkung entfalten, wenn der dem Gesetz zugrundegelegte Wettbewerbsbegriff diese Grundtatsache genügend berücksichtige. Ist das nicht der Fall, so würden verschiedene Fälle der Wettbewerbsbeschränkung von §1 nicht erfaßt, obwohl er sie erfassen könnte und sollte.

Anknüpfend an diese Gedanken zur Praktikabilität untersuchen BF die Wettbewerbsvorstellung der Praxis als Grundlage für ihren "echten" Wettbewerb.

II. Der "echte" Wettbewerb

Die Vorstellung vom "echten" Wettbewerb [3] basiert auf der Annahme: der "praktische Geschäftsmann" werde sagen, er befinde sich mit bestimmten Anbietern im Wettbewerb, wenn er in der Lage sei,

---

[1] Ebenda, S. 8. Zu diesem Begriff wird von BF insbes. auf Nipperdey, H.C., Wettbewerb und Existenzvernichtung, KR 1930, 127 ff, verwiesen. Nach Nipperdey (ebenda, S.147 u.151) erfolgt der Leistungswettbewerb "in der Hauptsache durch Qualitätsteigerung und Unterbieten im Preise." Er "setzt nur die eigene gewerbliche Leistung im Kampf um den freien Abnehmer ein."

a. seinen Kundenkreis durch Preispolitik, Werbung, Qualitätsleistungen, Kundendienst usw. auszuweiten und

b. andere das auch tun könnten, er also in der Gefahr wäre, den Kundenkreis zu verlieren. [4] Um diese "praktische Vorstellung" [5] vom Wettbewerb, deren Inhalt zu einem nicht genau abgrenzbaren Ausmaß "Rivalität" [6] ist, spinnen BF ihre weiteren Gedanken, indem sie sich bemühen, die Voraussetzungen zu explizieren:

---

2) Mit denen sie sich faktisch in der Realisierung ihrer Erfolgschancen bedrohen, denn: "Nur dann ist jene Gefährdung gegeben, die den Abschluß eines Waffenstillstandsvertrages nahelegt." Ebenda, S. 24.

3) Ebenda, S. 13.

4) Ebenda, S. 4,5.

5) Ebenda, S. 7.

6)

a. Ebenda, S. 11: BF befassen sich mit diesem Begriff nicht näher;

b. anders jedoch Fikentscher in seinem späteren Aufsatz "Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung §1 GWB", in: WuW 1961, 788 ff, insbes.:

S. 793: "Wettbewerb ist... nur da vorhanden, wo eine, wenn vielleicht auch geringere Revalität zwischen den Mitbewerbern vorliegt. Diese Rivalität braucht nicht aktuell zu sein, sich z.B. in einem Preiskampf ausdrücken, sie kann auch versteckt hinter einem scheinbar spannungslosen Parallelverhalten liegen. Solange ein Mitbewerber auf das acht gibt,was sein Konkurrent tut, um sich gegebenenfalls nach seinen Maßnahmen zu richten, liegt Rivalität und damit Wettbewerb vor."

S. 794: "Auch dort, wo die Rivalität latent ist, liegt Wettbewerb vor. Es genügt... ein augenfälliges Gleichverhalten, das wegen der Möglichkeit des Ausbrechens eines Beteiligten labil bleibt, und damit dem Keim des Ungleichverhaltens in sich trägt (Beispiel: Markenbenzine)." ⟶

1. Erforderlich sei zunächst, daß jede Unternehmung einen gewissen "Spielraum" für die Variation ihrer marktbezogenen Aktionsparameter ("die Preissetzung, die Qualität ihrer Erzeugnisse, die Konditionen, den Kundenkomfort usw.", ebenda, S.7) hätte. Zwar sei ein Unternehmen vom Standpunkt der Marktformenlehre im Spielraum Monopolist, trotzdem sei das Vorhandensein des Spielraums oder seine mögliche Erlangung Voraussetzung dafür, daß der Praktiker sich im Wettbewerb fühle. [7] Der Spielraum eröffne die Möglichkeit zur gegenseitigen tatsächlichen Beeinflussung, und die Fähigkeit hierzu sei Voraussetzung des Wettbewerbs im praktischen Sinne. [8]

S. 795: Es besteht "auch im Vorteilsmarkt ein Spannungsverhältnis zwischen den Mitbewerbern. Sie bemühen sich nämlich alle um n o c h günstigere Bedingungen... Ändert sich... der Inhalt der Rivalität im Vorteilsmarkt, so ist sie gleichwohl vorhanden."

S. 796, 797: "Bei... reinen Vorteilsmärkten handelt es sich um Modellfälle. In der Praxis wird kein Vorteilsmarkt so rein ausgeprägt sein, daß nicht... ein Rest von Rivalität verbleibt... Wo ein Rest Rivalität ist, kann die Marktgegenseite diese Rivalität ausnutzen. Liegt... diese Situation vor, dann muß auch der im Vorteilsmarkt Befindliche darauf achten, daß ihm das Geschäft nicht verloren geht oder verdorben wird. Das selbständige Streben, die Möglichkeit gegenseitiger Beeinflussung und das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen hängt notwendig miteinander zusammen... Es handelt sich um drei verschiedene Seiten einer für den Wettbewerb wesentlichen Tatsache, die man treffend mit dem Wort "Rivalität" umschreibt.

7) Ebenda, S. 7,8.

8) Ebenda, S. 10.

2. Eine weitere Voraussetzung liege in der Anzahl der Konkurrenten: Sie müsse so groß sein, daß sich "Rivalität" einstellen könne. Diese zweite Voraussetzung fordern BF offenbar unter dem Aspekt einer optimalen Intensität des Wettbewerbs, die von der Zahl der Konkurrenten abhängig sein soll: Nur wenn die Reaktionsverbundenheit von Produzenten untereinander "umfangreich" wäre, herrsche "echter" Wettbewerb, denn nur diese Erzeuger nenne der Praktiker Konkurrenten. Da schon im Polypol die Anzahl der Konkurrenten zu groß sei, um die erforderliche Reaktionsverbundenheit zu gewährleisten, gehöre zum Wettbewerb in diesem Sinne die Beschränkung der Zahl der Wettbewerber. [1)]

3. Ferner ist eine innere Bereitschaft der Anbieter zum Einsatz der ihnen zur selbständigen Verfolgung ihrer Marktziele verfügbaren Aktionsparameter erforderlich, denn sonst käme es trotz allem nicht zur gewünschten Rivalität. [2)]

In Anbetracht dieser Gedanken finden BF zu folgender Formulierung des Wettbewerbs:

---

1) "Tatsächlich wird aber in sehr vielen Fällen die Wirkung der Marktstrategie auf bestimmte Produzenten groß und auf andere nur gering sein, so daß diese mehr betroffenen Produzenumfangreicher reagieren. Der erste Anbieter handelt unklug, wenn er deren mögliches Verhalten nicht bei der Absatzstrategie von vornherein berücksichtigte. Diese Erzeuger nennt der Praktiker Konkurrenten, mit ihnen befindet er sich im Wettbewerb um die Kunden. So gehört also zum Wettbewerb in diesem Sinne die beschränkte Zahl der Wettbewerber, das bedeutet für den Abnehmer: Eine beschränkte Zahl von alternativen Angeboten." Ebenda, S. 12,13.

2) Die Homogenität bzw. Heterogenität der gehandelten Produkte ist für BF in diesem Zusammenhang von untergeordneter Relevanz; sie findet deshalb keine besondere Beachtung.

> "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen." 1)

Dieser Wettbewerb wird nach BF durch §1, insbes. durch die dort enthaltenen Tatbestandselemente BW und BM, geschützt, und zwar auf folgende Weise:

III. Vom Wettbewerb zu den Wettbewerbsbeschränkungen

BF meinen, der Wettbewerbsbegriff enthalte zwei Hauptmerkmale, die zueinander in einer Ziel-Mittel-Funktion stünden.

Ziel des wirtschaftlichen Wettbewerbs sei innerhalb der menschlichen Gesellschaft - von der Gesamtheit her gesehen - die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen,

> "also die Versorgung der Allgemeinheit mit Gütern und Leistungen nach dem jeweils günstigsten Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung." 2)

Das Mittel, mit dem der Wettbewerb dieses Ziel verfolge, sei

> "das Streben der Mitbewerber nach Geschäftsverbindung mit Kunden." 3)

Jede Beschränkung des Wettbewerbs könne dementsprechend

a. unter dem Gesichtspunkt des Mittels (Beseitigung oder Verhinderung des Strebens der Mitbewerber nach Geschäftsverbindung mit Kunden = formale Wettbewerbsbeschränkung) oder

---

1) Ebenda, S. 15.

2) Ebenda, S. 26.

3) Ebenda, S. 26.

b. unter dem des Ziels (schlechtere Versorgung der Marktpartner mit günstigen Geschäftsbedingungen = materielle Wettbewerbsbeschränkung) betrachtet werden.[1)]

BF unterscheiden somit zwei Wettbewerbsbeschränkungen, die sie wie eingangs dargestellt (vgl.o.S. 48/49) formulieren und die sie als Inhalt der Tatbestandselemente BW (≈ formale Wettbewerbsbeschränkung) und BM (= materielle Wettbewerbsbeschränkung) aus der Überzeugung, für die "richtige" Auslegung einzutreten, fordern.[2)] Eine Auslegung, die einen möglichst wirksamen Schutz des Wettbewerbs durch das gesamte GWB anstrebt und von diesem übergeordneten Gesichtspunkt aus dem §1 für den Schutz dieses Wettbewerbs vor formalen und materiellen Beschränkungen einen Sonderauftrag zuweist: So wird der Wettbewerb durch §1 nicht vor allen formalen Wettbewerbsbeschränkungen geschützt, sondern nur vor formalen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen, von denen wiederum nur ein Teil relevant ist, denn §1 "verbiete"[3)] nur Verträge mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen[4)], woraus sich in Anbetracht des doppelten Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung schließen läßt, daß es offenbar für den Eintritt der Rechtsfolge reicht,

---

1)
a. Ebenda, S. 26, 27.

b. Woher BF die Unterscheidung zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung bezogen haben, gibt Fikentscher später an:

"Diese Unterscheidung... wurde für die Zwecke des Dekartellierungsrechts entwickelt, um die damals bedeutsame rule of reason näher bestimmen zu können." Vgl. Fikentscher, W., Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung §1 GWB, in: WuW 1961, S. 799,
und: "Eine Reihe von Autoren und Kommentatoren des GWB ist der Unterscheidung... gefolgt... Die Praxis und das BKartA hat sich aber die Unterscheidung nicht zu eigen gemacht."
Ebenda, S. 799.

2) Man vgl. z.B. BF ebenda, S. 43.

3) Ebenda, S. 32, Fußnote 21.

4) Ebenda, S. 32, Fußnote 21.

wenn Wirkung (nicht Inhalt des Vertrages, insofern also Folgetheorie) eine formale Wettbewerbsbeschränkung in Verbindung mit einer entsprechenden materiellen Wettbewerbsbeschränkung ist. Denn zur formalen horizontalen vertraglich ausgelösten Wettbewerbsbeschränkung muß noch die materielle Wettbewerbsbeschränkung hinzutreten, um den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich schützenswert zu machen. Die soeben angesprochene Folgetheorie bezieht sich jedoch nur auf das Aggregat beider Wettbewerbsbeschränkungen. Eine formale Wettbewerbsbeschränkung allein liegt vor, wenn durch einen Gesellschaftsvertrag

> "mindestens eine Geschäftsbedingung, die sonst Gegenstand der individuellen Strategie war, nicht mehr selbständig variiert werden kann." [1]

Wobei hier offenbar an eine vertragliche Verpflichtung zu einem entsprechenden Verhalten gedacht ist. [2] Zwischen Vertrag (bzw. Beschluß) und diesen Merkmalen liegt somit eine Beziehung der Gegenstandstheorie.

Da einerseits für den Wettbewerb, wie BF ihn auffassen, die Möglichkeit zu einer gewissen Marktbeeinflussung Voraussetzung ist, andererseits von ihnen das Wesen der materiellen Wettbewerbsbeschränkung in der Übersteigerung dieses Markteinflusses gesehen wird, ist ein Merkmal für die Abgrenzung zwischen beiden erforderlich. Da es ferner nach Ansicht von BF unmöglich ist, die einfache von der gesteigerten Marktbeeinflussung wirtschaftstheoretisch quantitativ [3] zu trennen

---

1) BF,... a.a.O., S. 27.

2) Fikentscher schreibt an anderer Stelle: "... bei einem Kartell stimmen die Unternehmer ihre Pläne... aufeinander ab, indem sie sich gegenseitig zur Einhaltung der gemeinsamen Geschäftsplanung... verpflichten." Vgl. Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Berlin-München 1958, S. 64 .

möchten sie - angeregt durch die amerikanische Anti-trust-Rechtsprechung - die Grenze mit Hilfe einer wirtschaftspolitischen "rule of reason", [4] die vor allem anhand

> "wirtschaftstheoretischer, wirtschaftspolitischer, rechtspolitischer, sozialpolitischer und sogar rein politischer" [5]

Wertungen funktionieren soll, gezogen wissen.

---

3) Den bei ihnen anzutreffenden Gedanken, Wettbewerb schaffe Alternativen, die Natur der materiellen Wettbewerbsbeschränkung liege dagegen in der Beseitigung der Alternativen für den Kunden (ebenda, S.34), lassen sie offenbar hier nicht gelten. Vielleicht aus dem Gedanken, daß z.B. durch ein Rationalisierungskartell zwar die Alternativen vermindert, die Geschäftsbedingungen aber insgesamt verbessert werden können.

4)

a. Was eine "rule of reason" ist, beschreiben BF wie folgt: "Die rule of reason ist nicht anderes als das Auseinanderfallen der Beurteilung von formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung." Ebenda, S.34.

b. Für die Unterteilung der generellen rule of reason in spezielle rules of reason meinen BF: "Bei näherer Betrachtung der einschlägigen Fälle ergibt sich eine Schichtung innerhalb der rule of reason: Die wirtschaftliche 'Vernunft', die zu dem Ergebnis führt, daß eine formale Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall keine oder eine zu billigende materielle ist, kann wirtschaftstheoretischer, wirtschaftspolitischer, rechtspolitischer, sozialpolitischer oder sogar rein politischer Natur sein." Ebenda, S. 34,35.
Den Unterschied zwischen der wirtschaftstheoretischen und der wirtschaftspolitischen rule of reason erklären sie wie folgt: "Während sich bei der wirtschaftstheoretischen... die Abwägung innerhalb des Wettbewerbsbegriffes vollzieht..., wird hier ein wirtschaftspolitisches Ziel in die Abwägung mit einbezogen." (Ebenda, S.39) Beispiele für solche wirtschaftspolitischen Ziele sind Verhinderung von Wirtschaftskrisen, Exportförderung u.ä. Wird hauptsächlich auf ein rechtspolitisches Ziel abgestellt, handelt sich es entsprechend um eine rechtspolitische rule of reason. Ebenda, S.40 (man vgl. auch u. S.282).

Daraus resultiert ein Widerspruch, der beachtliche Konsequenzen für die Absicht, den oben dargestellten Wettbewerb zu schützen, haben müßte. Auf der einen Seite geben BF an, mit "materiell" sei

"lediglich der Inhalt des Wettbewerbs gemeint", [6]

worunter sie die Bezogenheit des Wettbewerbs auf die ihm zugewiesene alleinige Zielsetzung verstehen. Die einschränkende Einwirkung auf dieses Ziel wurde von ihnen zum - bisher alleinigen - Merkmal des Begriffes "materielle Wettbewerbsbeschränkung" erkoren. Auf der anderen Seite präsentieren sie plötzlich ein Bündel zusätzlicher Zielsetzungen, die für die Bemessung der materiellen Wettbewerbsbeschränkung maßgebend sein sollen - geleitet allein von einer subjektiven und so heterogenen Größe wie der Vernunft. Da es offenbar auch dem einzelnen Richter überlassen bleiben soll zu entscheiden, ob und inwiefern z.B. anhand "sozialpolitischer" oder "rein politischer" Erwägungen eine materielle Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder nicht, wäre der Willkür und damit der Rechtsunsicherheit bei der Praktizierung des §1 freie Hand gelassen. Ob sich unter diesen Umständen überhaupt noch ein Richter fände, der entgegen einem unmittelbar betroffenen, vitalen Gruppeninteresse bereit ist, eine unpopuläre Entscheidung zum Schutze eines dem fernliegenden Gemeinwohl dienenden Wettbewerbs zu treffen, muß zumindest bezweifelt werden. [7]

---

5) Ebenda, S. 34,35.

6) Ebenda, S. 33.

7)
a. Fikentscher hat sich später von der rule of reason in §1 distanziert:
So meinte er, "daß das GWB im Unterschied zum Dekartellierungsrecht keine allgemeine rule of reason kennt, sondern in den §§ 2-8 nur einige Spezialfälle der rule of reason aufgezählt hat (Enumerativprinzip). Eine rechtliche Erfassung der rule of reason hat sich dadurch erübrigt, so daß die Einteilung in wirtschaftstheoretische und wirtschaftspolitische rule of reason überflüssig wurde. ——→

IV. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. BF gehen aus von einem Ziel, dem jeder wirtschaftliche Wettbewerb dient; der Forderung nach einem möglichst praktikablen Wettbewerbsbegriff und der Beobachtung der Wirtschaftspraxis.

Hinzu kommt, daß man sich mit der Entscheidung des Gesetzgebers abfand, für §1 GWB keine w e s e n t l i c h e Wettbewerbsbeschränkung zu verlangen." Fikentscher, W., Neuere... a.a.O., S. 799,800

b. F.Turner, Leiter der Antitrust-Abteilung des US-Justizministeriums, hat kürzlich vor einem solchen Vorgehen gewarnt:
"Ich glaube nicht, daß es möglich ist, sehr viel Ordnung in das Antitrustrecht zu bringen, wenn wir es nicht von vielen politischen Erwägungen befreien können, die wenig oder nichts mit dem Schutz des Wettbewerbs zu tun haben... In der kurzen Zeit, die ich Leiter der Antitrust-Abteilung bin, ist es vorgekommen, daß Verfechter einer beabsichtigten Fusion ihr Vorhaben damit zu rechtfertigen suchten, daß sie erklärten, es würde der nationalen Verteidigung dienen, es würde dazu beitragen, Probleme der Zahlungsbilanz zu lösen, die Arbeitslosigkeit zu lindern, und einen Beitrag zum 'Krieg gegen die Armut' der Regierung leisten... Wenn es... überhaupt tunlich ist, solche Dinge zu berücksichtigen, dann ist es nur in den Fällen angebracht, wo auf Grund von Tatsachen oder in Ermangelung von Tatsachen hinsichtlich der Auswirkung auf den Wettbewerb, die Entscheidung darüber, ob in dem betreffenden Fall Klage eingereicht werden soll oder nicht, auf des Messers Schneide steht. Wo die Wettbewerbsbeschränkung klar ist oder wo die in Frage kommende Rechtsregel, die wir normalerweise anwenden würden, fest begründet ist, ist es nicht Aufgabe des Department of Justice zu versuchen, einander widersprechende Werte abzuwägen und Entscheidungen zu treffen, die zum Aufgabenbereich des Kongresses gehören."

Zur Anwendung des Antitrustrechts, WuW 1966, 221,222.

2. Diese Gedanken leiten ihre Auffassung vom "echten" Wettbewerb (vgl.S. 55/56). Er wird durch §1 vor solchen formalen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. S. 48) geschützt, die zugleich materielle Wettbewerbsbeschränkungen (= BM, vgl. S. 57) sind.

3. Zwischen Vertrag und Inhalt der BW (entspr.d.formalen Wettbewerbsbeschränkung) herrscht eine Gegenstandstheorie (vgl.58); zwischen BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie, da nicht jede BW zugleich BM ist. Ob und inwiefern eine BW zugleich eine BM ist, soll mit Hilfe einer wirtschaftspolitischen rule of reason entschieden werden. Sie unterscheidet sich jedoch von der rule of reason, die im Antitrustrecht angewendet wird (vgl.S.282).

E. Die Vorstellungen des Frankfurter Kommentars (1958)

Wer von dem Frankfurter Kommentar (im folgenden abgekürzt FK) eine Definition der BW erwartet, wird enttäuscht: Nach langen einleitenden Ausführungen über den Wettbewerb des §1 wird nur zwischen den Zeilen erkennbar, wie das Tatbestandselement BW auszulegen ist: Als Beschränkung der Freiheit des Marktteilnehmers, sein Verhalten auf dem Markt so einzurichten wie er es will [1], denn

> "Maßgebend ist allein, ob die Beteiligten in ihrem Marktverhalten in irgend einer Weise gebunden worden sind." [2]

Diese Auffassung von der BW vertritt der FK in Anbetracht folgender Leitgedanken:

I. Der Zweck des §1

Zur Frage, worin der Zweck des Tatbestandselementes BW im Rahmen des §1 zu sehen ist, nimmt der Kommentar

---

[1] FK, §1, Tz. 25.

[2] FK, §1, Tz. 35 b)

nur indirekt Stellung, wenn er bei Abhandlung des §1 angibt:

> "Das Gesetz will private Wettbewerbsbeschränkungen verhindern." 1)

Schutzobjekt ist damit der Wettbewerb. Sein Schutz ist Zweck des Normeninhaltes von §1 und damit auch des Tatbestandselementes BW. §1 dient als Mittel, um den Wettbewerb vor gewissen qualifizierten Beschränkungen des Wettbewerbs zu schützen.

Zur Frage, ob der Wettbewerb selbst wiederum Mittel für allgemeinere Zwecke sei, schweigt der Kommentar. Seine Auffassung vom Wettbewerb wird damit zum alleinigen teleologischen Orientierungspunkt für die Auslegung der BW und der WbV. Um Zugang zu dem Hintergrund ihrer Auslegung zu gewinnen, ist deshalb die Beschäftigung mit der Wettbewerbsvorstellung des Kommentars notwendig.

II. Zum Wettbewerb und seinen Leitvorstellungen

Unter "Wettbewerb" möchte der FK für das GWB

> "jede Betätigung... die in dem Bestreben erfolgt, den eigenen Kunden - oder Lieferantenkreis auf Kosten des Kunden - oder Lieferantenkreises eines anderen zu erhalten oder zu erweitern, oder anders: Kaufkraft anzuziehen (Anbieter) oder einen Teil des Güterangebots zu absorbieren (Nachfrager)" 2),

verstanden wissen.

Die Frage, welche Vorstellungen ihn zu dieser Auffassung vom Wettbewerb bewogen haben, kann mit einer Aufzählung solcher Vorstellungen beantwortet werden, die bei ihm im Zusammenhang mit der Darstellung des Wettbewerbs hervortreten. Für die Beantwortung der weitergehenden Frage, inwiefern sich diese Vorstellungen in der oben dargestellten Beschreibung des Wettbewerbs wiederfinden, bietet der Kommentar wenig Anhaltspunkte.

Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

1. Zunächst bezieht sich der Kommentar auf eine Stelle der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (§1, 3 d der Begründung). Danach wäre als Wettbewerb

> "...das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen. Dieses Streben, Geschäftsabschlüsse zustande zu bringen, muß sich allerdings der Form des lauteren Wettbewerbs bedienen. §1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verbietet alle Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs..." 3)

2. Eine weitere Vorstellung vom Wettbewerb, auf die er sich stützt entnimmt er aus dem Bericht des 21. Ausschusses f. Wirtschaftspolitik, der (im Bericht: zu §1 Abs. 6) ausführt:

> "Der Ausschuß... ist davon ausgegangen, daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jeder Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen." 4)

Aus diesen beiden Leitvorstellungen entnimmt der Kommentar, daß im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen der Begriff "Wettbewerb" eine "bestimmte Verhaltensweise des Unternehmers im geschäftlichen Verkehr" 5) meine.

3. Zur Orientierungshilfe wird ihm noch eine weitere Vorstellung vom Wettbewerb,

---

1) FK, §1, Tz. 5.

2) FK, §1, Tz. 20.

3) Gem.K., 1. Aufl., S. 1076.

4) Gem.K., 1. Aufl., S. 1175.

5) FK, §1, Tz. 20.

"vor allem in Anknüpfung an die Tatbestände des UWG, umschrieben als das Bestreben, den eigenen Kunden oder Lieferantenkreis auf Kosten des Kunden oder Lieferantenkreises eines anderen zu erhalten oder zu erweitern." [1]

Die Leitvorstellungen Nr. zwei und drei bezeichnet er als ähnlich. Richtiger sei jedoch die zweite Leitvorstellung, denn sie stelle auf die Handlung ab. Die Willensrichtung, das "Bestreben", genüge nicht allein, denn sie sei wirtschaftlich erst erheblich, wenn von ihr Wirkungen ausgingen. Das geschehe jedoch erst durch Tätigkeit (aktueller Wettbewerb) oder so nahe bevorstehende Tätigkeit, daß die anderen schon jetzt mit ihr rechnen müßten [2] (potentieller Wettbewerb).

4. Aus dieser Ansicht des Kommentars wird ersichtlich, daß er sich von einer vierten Vorstellung leiten läßt, der soeben beschriebenen wirtschaftlichen Erheblichkeit des Bestrebens.

5. Die fünfte Leitvorstellung ist schließlich darin zu sehen, daß er - in Anlehnung an B. Röper - glaubt, Wettbewerb sei im Grunde ein "natürliches Prinzip", ein Vorgang, der bei einem Nebeneinander mehrerer Unternehmen auf einem gemeinsamen Markt keines Nachweises bedarf. [3] Solange mehrere selbständige Unternehmen auf einem Markt tätig wären, gäbe es immer Wettbewerb. Die Kartellmitglieder seien nur in der Wahl ihrer Mittel beschränkt, die sie in ihrer zum Markt hin gerichteten Tätigkeit zur Anwendung bringen. [4]

---

1) FK, §1, Tz. 20.

2) FK, §1, Tz. 20; insofern ist Wettbewerb "nicht gleichbedeutend mit akuter Auseinandersetzung", vgl. ebenda Tz. 23; entsprechend erstreckt sich die BW auch auf potentiellen Wettbewerb, auch er kann beschränkt werden.

3) FK, §1, Tz. 24.

4) FK, §1, Tz. 25.

In dem zweiten Teil dieser fünften Leitvorstellung finden sich besonders klar die beiden Voraussetzungen wieder, die der FK für seine obige (S. 63) "Begriffsbestimmung" [1] des Wettbewerbs fordert. Sie liegen darin, daß

1. die konkurrierenden Unternehmen sich auf einem gemeinsamen Markt begegnen [2] und
2. daß jedes Unternehmen frei ist, sein Verhalten auf dem Markt so einzurichten, wie es will. [3]

Es versteht sich von selbst, daß der anhand dieser Leitvorstellungen entwickelte Wettbewerb durch §1 GWB nicht in seinem gesamten Bereich, sondern nur in einem Teilbereich geschützt werden kann, nämlich dem Teilbereich, dessen Sachverhalte unter die Tatbestände des §1 subsumierbar sind.

III. Spezielle Leitvorstellungen für die Auslegung der BW

Die Orientierung der Auslegung des Tatbestandsmerkmals BW am Wettbewerb und den hinter ihm stehenden Leitgedanken erfolgt unter Zuhilfenahme einiger weiterer Leitvorstellungen auf folgende Weise:

Während die erste Voraussetzung des Wettbewerbs (gemeinsamer Markt) dem Kommentar für die Auslegung der BW nicht besonders wichtig erscheint, weil

> "Anbieter, die nicht auf einem gemeinsamen Markt tätig sind... nie daran denken" werden, "miteinander ein Kartell zu bilden", [4]

---

[1] FK, §1, Tz. 21.

[2] FK, §1, Tz. 21.

[3] FK, §1, Tz. 25.

[4]
a. FK, §1, Tz. 22.

b. Damit ist zugleich vom Kommentar zu dem Problem Stellung genommen, ob es im Rahmen des §1 nur "horizontale" oder auch "vertikale" Kartelle gibt. →

knüpft er an die zweite Voraussetzung an. Hier trifft er die Entscheidung über die Auslegung der BW wie folgt.

Aus der Vorstellung heraus, daß der Test eines konkreten Marktes auf ökonomische Ergebnisse (als Beispiele führt der FK günstige Preise für die Nachfrager, bessere Güterversorgung für die Marktgegenseite usw. an) mit zu vielen unlösbaren Problemen belastet ist, [1] fordert er, die Auslegung des Tatbestandselementes BW nicht an wirtschaftspolitischen Nützlichkeitserwägungen zu orientieren. [2] Statt dessen scheint die Auslegung der BW von ihm nach rechtspolitischen Gesichtspunkten überprüft worden zu sein. Diese sind zu erkennen

a) in dem Streben des Kommentars, im Gegensatz zu einer "wirtschaftlichen rule of reason" auf möglichst konkrete Tatbestandsmerkmale abzustellen, offenbar um die Praktikabilität des §1 zu gewährleisten; [3]

b) in seinem Bemühen, die Rechtssicherheit nicht zu vernachlässigen, denn es gelte

---

Zu dieser Frage führt der FK an anderer Stelle noch aus: "Kartelle sind überall dort möglich, wo es Wettbewerb gibt... Sie sind auch nicht auf bestimmte Wirtschaftsstufen beschränkt...", vgl. FK, Einleitung C. Tz. 135: und in einer Fußnote auf der gleichen Seite heißt es:

"Der Streit, ob es auch vertikale Kartelle geben könne oder nicht, ist heute wohl als erledigt anzusehen. Die Frage ist zu bejahen."

Vgl. ebenda, Fußnote 119.

1) FK, §1, Tz. 35 a), b); unter dem Aspekt des Tests auf ökonomische Ergebnisse betrachtet er auch das Problem der Förderung des Wettbewerbs durch Wettbewerbsbeschränkungen. Man vgl. ebenda, b).

2) "Ob eine Wettbewerbsbeschränkung - wirtschaftspolitisch gesehen - 'gut' oder 'weniger gut' ist, ändert am juristischen Sachverhalt nichts." Vgl. FK, §1, Tz. 35.

3) FK, §1, Tz. 37.

"Wirtschaftliche Geschehnisabläufe... unter gesetzliche Tatbestände zu subsumieren, ohne... die Rechtssicherheit zu gefährden." [1]

So kommt er schließlich zu der eingangs dargestellten Auffassung von der BW, die auf die Beschränkung der Freiheit zu gewissen Handlungen abstellt.

IV. Zur Orientierung an den der BW zugeordneten Tatbestandselementen

a. Zum "gemeinsamen Zweck"

Damit steht im Mittelpunkt der Diagnose der BW die Frage, ob und inwiefern eine Handlung zu,der die Freiheit beschränkt wurde, Wettbewerbshandlung ist oder nicht. Laut Kommentar erkennt man die Beschränkungen des Wettbewerbs daran, daß sie Absprachen über Marktverhalten und Produktion darstellen. Was der FK allerdings unter Marktverhalten und Produktion verstanden wissen will, sagt er nur negativ, indem er solche Handlungen aufzählt, die keinesfalls unter die Kategorien Marktverhalten und Produktion fallen sollen, so

1. Handlungen, die das UWG verbietet (vgl. FK,§1, Tz.31),
2. die durch Konkurrenzklauseln untersagt oder vorgeschrieben sind (vgl. ebenda Tz. 28),
3. Handlungen der inneren Unternehmensführung (vgl. ebenda Tz. 29) und
4. sonstige Vereinbarungen, die ihrer Motivation nach keine Wettbewerbsbeschränkungen sind (vgl. ebenda Tz. 30).

Woran sich der FK hilfsweise für die negative Abgrenzung orientiert, geht aus obiger Aufzählung unmittelbar hervor.

---

[1] FK, §1, Tz. 53.

Entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung von Grenzfällen ist - dem "Bestreben" in der obigen Vorstellung vom Wettbewerb gemäß - das Motiv der unternehmerischen Maßnahmen; denn, so fordert der Kommentar,

> "unternehmerische Maßnahmen dürfen... nicht einfach nach ihren äußeren Wirkungen beurteilt werden, sondern sind in gewissem Umfange, nämlich zur Feststellung ihres rechtlichen Charakters als Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des GWB, auf das ihnen zugrunde liegende Motiv hin zu untersuchen." [1]

Beim Test auf das Motiv ist offenbar danach zu forschen, ob die am Zusammenschluß Beteiligten die Absicht [2] haben, durch Festlegung gewisser Handlungen den Wettbewerb zu beschränken oder nicht. Letztenendes ist damit nach einem Merkmal des Tatbestandselementes "gemeinsamer Zweck" zu entscheiden. Dieser muß nämlich - nach Meinung des Kommentars - in der Wettbewerbsbeschränkung (= BW - nicht jedoch in der BM) liegen. Damit dürfte dort, wo auf dieses Kriterium zurückgegriffen werden muß, psychologischen Erwägungen das Feld überlassen werden. Inwiefern sie den vom FK zugelassenen rechtlichen Leitgedanken der Praktikabilität und Rechtssicherheit genügen, untersucht der Kommentar nicht.

b. Zur Eignung

Eine Schlüsselposition für die Auslegung der BW und der BM kommt der "Eignung" zu. Der FK vertritt die These, das Tatbestandsmerkmal "Eignung" beziehe sich nur auf die BM, nicht jedoch auf die BW. [3]

---

1) FK, §1, Tz. 29.

2) FK, §1, Tz. 8.

3) FK, §1, Tz. 8; Tz. 51.

Daraus folgt

1. seine Ansicht, daß die BW Gegenstand des Vertrages sein müsse (Gegenstandstheorie),
2. daß zwischen BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie besteht [1] sowie
3. das Erfordernis, eine Auslegung des Tatbestandselementes BM zu bieten, die einer Folgetheorie zwischen BW und BM entspricht.

Mit dem 3. Punkt, der Auslegung der BM, wollen wir uns anschließend befassen.

c. Zu den Marktverhältnissen

Für die allgemeine Auffassung von "Marktverhältnissen" folgt der FK den oben dargestellten Vorstellungen Günthers [2] (vgl.o.S. 44). Das Tatbestandselement "Marktverhältnisse" möchte er jedoch - um nicht wie Günther den Inhalt von BW und BM zu vermischen - in einem durch Hinzufügen eines weiteren Merkmals verengten Sinne verstanden wissen:

> "Ob sich... für die kartellierten Unternehmen etwas ändert, ist für das Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung unerheblich. Nur die Veränderungen in der Marktsituation der nicht kartellierten Mitbewerber und in der Situation der Marktgegenseite kommen in Betracht." [3]

Der FK qualifiziert also den Begriff der Marktverhältnisse, indem er ihn auf die am Vertrag nicht beteiligten Marktteilnehmer beschränkt.

d. Zur Beeinflussung der Marktverhältnisse

Die Frage, ob jede BW nicht doch irgendwie eine geringfügige Änderung auch dieser qualifizierten Marktverhältnisse zur Folge haben müsse, wird vom Kommentar

---

1) FK, §1, Tz. 41.

2) FK, §1, Tz. 47.

3) FK, §1, Tz. 49.

gar nicht gestellt, weil er davon ausgeht, daß die Bestimmungen des GWB erst bei "Vorliegen volkswirtschaftlich relevanter Tatbestände" [1] Anwendung finden sollen. Von diesem Leitgedanken und der Vorstellung der von ihm qualifizierten Marktverhältnisse ausgehend, sieht er die Beeinflussung der Marktverhältnisse dann als gegeben an, wenn die Eigenart des Marktes sich für die nicht am Zusammenschluß beteiligten Marktpartner geändert hat.
Wann dies der Fall sein wird, vermag er nur in negativer Abgrenzung zu sagen:

> "An einer Marktbeeinflussung wird es fehlen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung so geringfügig ist, daß die durchschnittlichen Marktteilnehmer sich nicht veranlaßt sehen, der Existenz der Wettbewerbsbeschränkung bei ihren geschäftlichen Überlegungen Beachtung zu schenken." [2]

Voraussetzung dazu sei, daß die Marktteilnehmer die Wettbewerbsbeschränkung überhaupt bemerkten. Ist die Marktbeeinflussung aus BW gegeben, dann sind natürlich auch die Tatbestandselemente "Eignung zur BM" erfüllt.

e. Zur "Eignung" zur BM

Der §1 verlangt jedoch einen ex ante Test, da schon die objektive Eignung der BW zur BM für die Rechtserheblichkeit ausreicht. Einen Vorschlag, wie dieser Test am zweckmäßigsten vorzunehmen sei, unterbreitet der Kommentar nicht. Er sagt lediglich, der Begriff der "Eignung" verlange, daß die BM nicht nur möglich sei, sondern auch einen gesteigerten Grad von Wahrscheinlichkeit besitze. Wann dieser gesteigerte Grad von Wahrscheinlichkeit vorliegt, gibt er nicht an. [3]

---

1) FK, §1, Tz. 53; vgl. auch o.S. 65.

2) FK, §1, Tz. 50.

3) FK, §1, Tz. 51,52,53.

V. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Der FK geht aus vom Text des §1; einer Stelle der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs; einer Stelle im Bericht des 21. Ausschusses f. Wirtschaftspolitik; einer auf das UWG gegründeten Wettbewerbsvorstellung; der Vorstellung, wettbewerbliches Bestreben müsse wirtschaftlich erheblich sein und der Vorstellung, im Grunde sei Wettbewerb ein natürliches Prinzip.

2. Diese Gedanken leiten seine Auffassung vom Wettbewerb (vgl. S. 63), in dessen Schutz er offenbar das Ziel des Gesetzes sieht.

3. Diese Vorstellungen sowie die Ansichten, notwendige Voraussetzung des Wettbewerbs sei, daß jedes Unternehmen frei ist, sein Verhalten auf dem Markt so einzurichten, wie es will; ein Marktergebnistest müsse nach Möglichkeit vermieden werden; es komme besonders aud Praktikabilität und Rechtssicherheit an, bestimmen seine Auffassung vom Inhalt der BW (vgl. S. 62,67).

4. Der FK vertritt im Verhältnis Vertrag-BW die Gegenstandstheorie, im Verhältnis BW-BM (zum Inhalt der BM vgl. S. 71) eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie. Für die Eignung zur BM durch BW reicht nicht die bloße Möglichkeit, sondern erst ein gesteigerter Grad von Wahrscheinlichkeit.

F. Die Vorstellungen Bruggers (1959)

Im Rahmen eines Aufsatzes beschäftigt sich der Ökonom und Jurist Gustav Brugger mit der Auslegung von - wie er sagt - zwei "Tatbeständen", auf die es im wesentlichen beim §1 ankomme: [1]
Mit den Tatbestandselementen

1. "durch Beschränkung des Wettbewerbs" und der
2. "Eignung, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse zu beeinflussen." [2]

In Anlehnung an entsprechende Ausführungen bei Borchardt/Fikentscher [3] kommt er dabei zu dem Ergebnis, das Tatbestandselement BW sei immer dann erfüllt,

> "wenn 'mindestens eine Geschäftsbedingung, die sonst Gegenstand individueller Strategie war, nicht mehr selbständig variiert werden kann'." [4]

Neben der so gefaßten BW, die Brugger als "formale" oder "subjektive" Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet, kennt er noch eine "materielle" oder "objektive" Wettbewerbsbeschränkung. Sie ist Inhalt der Tatbestandselemente "Eignung, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse zu beeinflussen" und liegt dann vor,

> "wenn mit einer formalen Wettbewerbsbeschränkung ein gesteigerter Markteinfluß verbunden ist, der zu einer Benachteiligung der Marktteilnehmer bzw. zu einer schlechteren Versorgung der Allgemeinheit führen muß oder führen kann." [5]

Ersichtlich richtungweisend für diese Auffassung sind bei Brugger die folgenden Gedanken.

---

1) Brugger, G., Zur Auslegung des §1 GWB, in: WuW 1959, 467 ff.

2) Ebenda, S. 481.

3) Borchardt, K., Fikentscher, W., Wettbewerb Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 26 ff.

4) Brugger, ebenda, S. 477.

5) Brugger, ebenda, S. 482.

I. Grundlagen der Auslegung

Die soeben dargestellte Auslegung der BW und der Eignung zur BM beruht fundamental auf zwei Grundlagen: Die erste Grundlage bildet der Wortlaut des §1, der beide Tatbestandsmerkmale getrennt ausweist. Die darin zutagetretende vermutliche Absicht des Gesetzgebers verlangt nach Brugger eine inhaltlich getrennte Auslegung beider Tatbestandselemente. [1] Die zweite Grundlage bilden die beiden Ziele, die Schutzobjekte des GWB sind:

1. Höchste Leistungssteigerung und beste Wohlstandsförderung, sowie
2. die wirtschaftliche Bewegungs- und Handlungsfreiheit des Einzelnen. [2]

Den Bereich zwischen diesen beiden Grundlagen füllt er mit einem Gedankennetz, das die oben aufgezeigte Auslegung der Tatbestandselemente trägt und dem wir uns jetzt zuwenden.

II. Zur Orientierung an den Zielen [3]

Klarheit über die Ziele des Gesetzes ist nach Brugger Voraussetzung, damit die im GWB enthaltenen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Entscheidungen nicht wirkungslos sind oder gar ins Gegenteil verkehrt werden. [4] Dementsprechend beginnt er seine Ausführungen mit der Darstellung der Ziele. Um ihm folgend möglichst weitgehende Klarheit über seine Auffassung zu erhalten, soll versucht werden, die Ziele getrennt in ihre wichtigsten Gedankenkreise aufzuschlüsseln.

---

1) Ebenda, S. 482,484 .

2) Ebenda, S. 468,469; obwohl Brugger auf S.469 die Ziele in umgekehrter Reihenfolge nennt, beschäftigt er sich mit ihnen in dargestellter Folge, vgl. S. 467 ff.

3) Brugger verwendet die Ausdrücke "Ziel" und "Zweck" offenbar synonym, S. 467 ff.

4) Ebenda, S. 469

a. Zum Schutz der höchsten Leistungssteigerung und besten Wohlstandsförderung

Das GWB und damit der durch das Gesetz geschützte Wettbewerb soll einem volkswirtschaftlichen, überindividuellen Ziel dienen, das von der Sache her vermutlich ein Doppelziel ist, nämlich höchste Leistungssteigerung und beste Wohlstandsförderung. [1]
Offenbar um zu zeigen, daß bei dieser Zielsetzung das einzelwirtschaftliche Interesse nicht primär Schutzobjekt des Wettbewerbs ist, sondern einzig und allein volkswirtschaftliche Aspekte maßgebend sind, spricht er hier vom Wettbewerb als einer volkswirtschaftlichen Institution. [2]
Welche Vorstellungen Brugger mit den Schlagworten "Leistungssteigerung" und "Wohlstandsförderung" verbindet, läßt sich nicht klar angeben. Sie lassen sich nur nachempfinden, wenn man die Teile zusammensetzt, aus denen er seine Erkenntnisse bezieht:

1. Zunächst schöpft Brugger aus allgemeinen marktwirtschaftlichen Vorstellungen: Durch den Marktautomatismus würden in einer Verkehrswirtschaft die Wirtschaftspläne auf ein allgemeines Volkswirtschaftsziel (gesamtwirtschaftliches Ziel) koordiniert. [3]

---

1) Es sei Brugger zitiert, der übrigens an dieser Stelle Wettbewerb als Wirtschaftssystem anspricht:
"Die Entscheidung des Gesetzgebers für die Konzeption einer sozialen Marktwirtschaft ist nicht allein das Ergebnis von ökonomischen Zweckmäßigkeitserwägungen, die auf der Erkenntnis beruhen, daß der Wettbewerb... das leistungsfähigste und der Wohlstandsförderung am besten dienende Wirtschaftssystem sei..."
Ebenda, S. 468.

2) "denn ein subjektives Verhalten... kann noch nicht als schutzwürdige Institution verstanden werden... Wie schon dargelegt, hat der Wettbewerb eine volkswirtschaftliche Funktion"; Ebenda, S. 476.

3) Ebenda, S. 467.

Dieses Ziel werde verschieden benannt: In der anglo-amerikanischen Literatur - Brugger verweist hierzu auf Marshall und Pigou - als "Welfare"; von Sombart als "höchste Produktivität"; von Hans Bayer als "steigende Erzeugung von Gütern bei möglichst gleichmäßiger Einkommensbildung unter Berücksichtigung der Leistung des einzelnen". Etwas ähnliches meine auch Günther, wenn er ausführe, daß eine am Wettbewerbsprinzip orientierte Marktwirtschaft ein universelles ökonomisches Gerechtigkeitsprinzip, die leistungsgemäße Einkommensverteilung, durchsetzen helfe. [1)]

2. Um eine entsprechende Zielsetzung dem GWB unterstellen zu können, zitiert Brugger die amtliche Begründung zum Entwurf des GWB (Einl. A I "... wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt ") und

3. den Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, wo an einer Stelle [2)] zu dieser Frage auf die Begründung hingewiesen wird, die der Bundesminister für Wirtschaft in der ersten Lesung im Bundestag am 26. Juni 1952 zum GWB gab. Er sagte, das Gesetz solle "den Fortschritt in der Wirtschaft zum allgmeinen Nutzen" sichern. [3)]

---

1) Ebenda, S. 467/468

2) Bericht des 21. BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, Abschnitt B II; vgl. Gem.K., 1.Aufl., S. 1162

3) Brugger, ebenda, S.469

Brugger erliegt hier dem Irrtum zu glauben, daß sich hinter den in verschiedene Worte gekleideten Zielsetzungen sachlich das gleiche verberge.

Zugutehalten muß man Brugger aber, daß es ihm offenbar gar nicht darauf ankommt, sich detailliert mit dieser Zielsetzung zu beschäftigen. Es scheint ihm vielmehr daran gelegen, auf den grundsätzlichen Zusammenhang zwischen dem obigen Ziel und dem Wettbewerb als Mittel zu seiner Erreichung zu verweisen. Seine im ganzen Aufsatz verstreuten Gedanken lassen sich sinngemäß wie folgt zusammenkitten:

In der Verkehrswirtschaft ist ein nach dem "Wettbewerbsprinzip" [1] organisierter Markt mechanistisch in der Lage, bestimmte gesamtwirtschaftlich erwünschte Dinge zu leisten. Hat man sich erst einmal entschieden, welche Dinge gesamtwirtschaftlich erwünscht sind, so ergeben sich daraus Anforderungen an die Funktion des Marktmechanismus, die wiederum von der Organisation des Marktes abhängig ist. Da die Organisation des Marktes ihrerseits nach dem Wettbewerbsprinzip erfolgt, ist die Vorstellung vom Wettbewerbsprinzip letztenendes für den Erfolg des Marktmechanismus mit entscheidend.

Worin jedoch das Wettbewerbsprinzip besteht, sagt Brugger nicht. Seine Ausführungen erwecken nur den Eindruck als ob es gewissermaßen als die Leitvorstellung dem Wirtschaftspolitiker vorzuschweben habe, nach der es gelte die Märkte zu ordnen, um "höchste Leistungsfähigkeit" und "beste Wohlstandsförderung" zu erreichen.

---

1) Vom "Wettbewerbsprinzip" spricht er öfters. So allein auf S. 467:

"Durch das... Wettbewerbsprinzip werden die Einzelwirtschaftspläne auf ein gesamtwirtschaftliches Ziel ausgerichtet"

"... daß eine am Wettbewerbsprinzip orientierte Marktwirtschaft..."

Eine Vorstellung alleine ordnet aber den Markt noch nicht in rechtserheblicher Weise. Sie kann nur als Leitfaden für besondere, am Markt gültige gesetzliche Bedingungen angesehen werden, die dazu beitragen, daß der Marktmechanismus die gewünschten gesamtwirtschaftlichen Ergebnisse liefert.

Für die Ordnung der Märkte durch das GWB gibt Brugger an, was unter Wettbewerb im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei. Hier lüftet er den Nebel, mit dem er sein Wettbewerbsprinzip umgibt, indem er versucht, aus der wohl umfassenderen Vorstellung des Prinzips die engere Vorstellung eines gesetzlichen Wettbewerbs zu lösen; eines Wettbewerbs, der u.a.

1. in seinen Merkmalen nicht nur der institutionellen, sondern beiden oben genannten Zielsetzungen entspricht (man vgl. *S. 81*) und
2. dessen Merkmale Ansatzpunkte für die gesetzliche Sicherung seiner Existenzbedingungen liefern.

Bezogen auf die ökonomische Zielsetzung [1] ist dieser Wettbewerb ein "institutioneller Begriff" [2], d.h. nach Brugger, er stellt sich als eine Ordnungseinheit dar, die eine Beziehung zwischen dem Marktverhalten und einem Zweck herstellt und nicht allein in einem Verhalten bzw. einer Handlung zum Ausdruck kommt. [3]
Um zu diesem Begriff vorzustoßen, gilt es nun, Bruggers Ausführungen über die zweite Zielsetzung zu durchleuchten.

---

1) Ebenda, S. 468: "... neben rein ökonomischen Zielsetzungen"; "... ist... allein das Ergebnis von ökonomischen Zweckmäßigkeitserwägungen."

2) Ebenda, S. 476.

3) Ebenda, S. 476.

b. Zum Schutz der wirtschaftlichen Bewegungs- und Handlungsfreiheit des Einzelnen

Inspiriert von Biedenkopf [1], der meint, die volkswirtschaftliche Zwecksetzung des Gesetzes könne nicht ohne weiteres den Schluß rechtfertigen, das GWB mache sich die Garantie der wirtschaftlichen Freiheit nicht zur Aufgabe [2] und von Nipperdey, an dem er sich für seine These orientiert, Schutz der wirtschaftlichen Freiheit sei nicht ein Rechtsgrundsatz des GWB, sondern nur Ausfluß des in Art. 2 Abs. I GG jedermann garantierten Rechts auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, [3] sieht Brugger in der "Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit" [4] einen weiteren obersten Zweck des GWB. Seine Begründung für diese These lautet:

Für den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit spreche, daß die in der Bundesrepublik Deutschland gegebene politische Ordnung eine gesetzliche Regelung auf wirtschaftlichem Gebiet verlange,die als wirtschaftspolitisches Gegenstück den Zielsetzungen der gegebenen politischen Demokratie entsprechen müsse.
Eine Zielsetzung der gegebenen politischen Demokratie sei in Art. 2 Abs. I GG niedergelegt. Danach habe jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit.

---

1) Man vgl. Brugger, ebenda, S. 468, Fußnote 16.

2)
a. Biedenkopf, Callmann, Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 14.

b. Biedenkopf stützt sich dabei auf den vielzitierten Satz der Regierungsbegründung: "Das Gesetz soll die Freiheit des Wettbewerbs herstellen und..." Vgl. ebenda, S. 14.

3) a. Brugger, ebenda, S. 471.
b. Nipperdey, in: WuW 1954, S. 211 ff.

4) Brugger, ebenda, S. 468.

In diesem umfassenden Grundrecht sei nicht nur die Vertragsfreiheit, sondern auch das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung enthalten. Bei der durch das GWB geschützten Wettbewerbsfreiheit könne es sich insofern nur um die Verwirklichung des in Art. 2 Abs. I GG enthaltenen Rechts der freien wirtschaftlichen Betätigung handeln.

Offensichtlich gründet diese Argumentation Bruggers auf einer bestimmten Vorstellung von der Interdependenz sozialer Ordnungen, [1] die sich für das vorliegende Problem in einem Satz zusammenfassen läßt: Politische Demokratie erfordert wirtschaftliche Freiheit. Im Zusammenhang damit wird hier das Problem relevant, wie in einer Gesellschaft die Freiheiten der wirtschaftlichen Betätigung der Einzelnen gegeneinander auszuwiegen sind.

Dazu meint Brugger, das Recht der freien wirtschaftlichen Betätigung, von dem der §1 das Recht anspricht, wirksame Verträge zu schließen (Vertragsfreiheit), finde - entsprechend dem durch Art. 2 Abs. I GG garantiertem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit - in der verfassungsmäßigen Ordnung und den Rechten anderer seine Grenzen. [2] Hier bestehe zwischen den einzelnen Individualrechten ein Spannungsverhältnis. Der Widerstreit der individuellen Interessen sei eine unleugbare Tatsache; deshalb müßten Regeln und Einrichtungen geschaffen werden, die verhindern, daß einzelne oder Gruppen so viel Macht besitzen, ihre Pläne auf die Dauer gegen die Absichten aller anderen durchsetzen zu können.

---

1) Ebenda, S. 496.

2) Ebenda, S. 479: "Das Grundrecht der Vertragsfreiheit kann durch ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur insoweit eingeschränkt werden, als die Einschränkungen erforderlich sind, um einen Verstoß gegen die Rechte anderer oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung zu verhindern".

Soll Wettbewerb Mittel sein[1], um dem Zweck, einem derart umgrenzten Bereich der freien wirtschaftlichen Betätigung, zu dienen, dann ergibt sich aus diesen Ausführungen Bruggers, daß nicht nur der geschützte Bereich, sondern auch seine Begrenzungen (verkörpert z.B. in gewerblichen Schutzrechten, Urheberrechten usw.) für die Wettbewerbsvorstellung des GWB formend sind, ihnen insofern bei einem möglichen Konflikt mit dem Schutzbereich des GWB das Primat zuerkannt werden müßte. Das Recht der freien wirtschaftlichen Betätigung und die Probleme seiner Abgrenzung hat Brugger im Auge, wenn er feststellt,

> "daß das GWB dem Zweck dient... die wirtschaftliche Bewegungs- und Handlungsfreiheit des Einzelnen im Rahmen des verfassungsmäßig garantierten Rechts der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. I GG) zu schützen." [2]

c. Zum sozialen Zuordnungsverhältnis beider Ziele

Für Brugger ist nicht gerechtfertigt, von einem "Vorrang" oder "Primat" einer Zielsetzung zu sprechen:

> Die wirtschaftliche Freiheitsgarantie und der Wettbewerb als Instrument einer sozialen Marktwirtschaft stehen in einer Wechselbeziehung, die als soziales Zuordnungsverhältnis bezeichnet werden kann... Der Schutz der wirtschaftlichen Handlungs- und Bewegungsfreiheit soll genausowenig Selbstzweck und primäre Aufgabe des GWB sein wie der Schutz des Wettbewerbs als Institution." [3]

Die weitere Frage, ob es zwischen beiden Zielsetzungen nicht Konflikte geben kann, beschäftigt ihn nicht. Er übergeht sie mit einem Hinweis auf die Bedeutung der Ziele für die Praktizierung des Gesetzes:

---

1) Ebenda, S. 476/477.

2) Ebenda, S. 569.

3) Ebenda, S. 470.

> "Für die Anwendung und Auslegung des GWB bildet die freie Entfaltung der Persönlichkeit i.S. des Art. 2 Abs. I GG den persönlichen, die Erhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs als Institution den sachlichen Ansatzpunkt." [1]

III. Zum Leitgedanken der Praktikabilität

Zu den persönlichen und sachlichen Ansatzpunkten sucht er eine dem Text des §1 entsprechende Auffassung vom Wettbewerb, in der er berücksichtigt wissen möchte, daß

> "die gegenseitige Beeinflussung der Marktteilnehmer und die Einflußnahme der Wettbewerber auf das Marktgeschehen ein Wesensmerkmal des Wettbewerbs ist." [2]

Brugger orientiert diese Forderung an zwei Gedankenkreisen:

Erstens schließt er sich den Meinungen an, die eine "vollkommene Konkurrenz" weder für realisierbar noch wegen ihrer zweifelhaften ökonomischen "Segnungen" [3] für erstrebenswert halten.

Zweitens akzeptiert er Teile der Ausführungen von Borchardt/Fikentscher, deren Auffassung, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des GWB könne es in der Regel nur im heterogenen Oligopol geben, er sehr vernünftig findet. [4] Ebenso wie Borchardt/Fikentscher lehnt Brugger die "wirtschaftstheoretisch entwickelte Vorstellung einer 'vollkommenen oder vollständigen Konkurrenz' am Markt" [5] als unzureichend für den Wettbewerbsbegriff des GWB ab und wendet sich der "monopolitischen Konkurrenz" [6] zu.

---

1) Ebenda, S. 470/471.

2) Ebenda, S. 476.

3) Ebenda, S. 475.

4) Ebenda, S. 476.

5) Ebenda, S. 475.

6) Ebenda, S. 476.

Bei Borchardt-/Fikentscher (wie offenbar auch bei Brugger) steht hinter dieser Orientierung der Gedanke, einen praxisnahen Wettbewerbsbegriff dem Gesetz zugrunde zu legen, und zwar unter dem Aspekt juristischer Praktikabilität [1] (vgl. S. 51/52).

IV. Zum Wettbewerbsbegriff des GWB

In Anbetracht des persönlichen und des sachlichen Ansatzpunktes, den sich aus der Praktikabilität ergebenden Gedanken sowie dem Text des §1 vertritt Brugger für dieses Gesetz die folgende Vorstellung vom Wettbewerb:

> "Wettbewerb ist der Inbegriff des Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Mitbewerber nach Geschäftsverbindungen mit Dritten, wobei das Streben auf die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen ausgerichtet ist." [2]

Der persönliche Ansatzpunkt komme in dieser Vorstellung vom Wettbewerb in der subjektiven Seite, im Wettbewerbsstreben, zum Ausdruck, der sachliche Ansatzpunkt hingegen in der objektiven Seite, in der Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen.

---

1) Borchardt, K., Fikentscher, W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 8 ff, insbes. S. 10

"Das vorläufige Ergebnis ist hiernach, daß die Eucken'sche Theorie... einen Wettbewerbsbegriff enthält, der viel enger ist als derjenige, den die Praxis kennt... Juristisch praktikabel ist jedoch nur ein Wettbewerbsbegriff, den die Wirtschaft versteht."

2) Brugger, ebenda, S. 477.

Nach den oben bei Günther (vgl. S. 45) zum Problem der Entscheidungsfreiheit angestellten Überlegungen, die sich sinngemäß auch auf ein "Streben" anwenden lassen, wäre jedoch für Brugger eine Folgetheorie zu erwarten. Dieser Widerspruch ergibt sich wohl daraus, daß Brugger "Streben" und "Handlungen" nicht streng unterscheidet. Die Handlungen müssen bei Brugger nur darauf hin überprüft werden, ob ihre Beschränkung durch die an der Vereinbarung Beteiligten in einem gewissen eingeengten Rahmen der Vertragsfreiheit unbedenklich ist. Die Abgrenzung dieses Rahmens erfolgt durch zwei Ausleseverfahren, die Verträge oder Beschlüsse im Hinblick auf "BW" und "Eignung zur BM" durchlaufen müssen:

1. Die erste Auslese erfolgt anhand juristischer Überlegungen. Es werden alle Vereinbarungen ausgeschieden, die gegen das Grundgesetz und alle übrigen Rechte verstoßen. [5]

2. Erst unter den Vereinbarungen, die in dem so abgesteckten Rahmen der Vertragsfreiheit noch wirksam sind, setzt das zweite Ausleseverfahren ein. Es besteht darin, den verbliebenen Bereich der Vertragsfreiheit der ökonomischen Zielsetzung willen durchzuforsten und nicht wünschenswerte Verträge für unwirksam zu erklären. [6]

---

4) Ebenda, S. 481.

5)
a. Ebenda, S. 480: "Nicht erst durch das GWB, sondern bereits durch das Grundgesetz kann eine materielle Wettbewerbsbeschränkung rechtswidrig sein."
b. Man vgl. auch S. 80/81.

6) Brugger (der sich z.T. auf Günther, NJW 57, 1704 stützt), ebenda, S. 480/481: →

Dafür ist, wie im folgenden noch gezeigt wird, nach Brugger allein die Auslegung des Tatbestandselementes "Eignung zur BM" ausschlaggebend. Hierzu ist zwar ein Festlegen relevanter Handlungen notwendige Voraussetzung, ein "Streben" wird jedoch nicht verlangt.

b. Objektive Wettbewerbsbeschränkung und Tatbestandselement BM

Eine relevante objektive Wettbewerbsbeschränkung liegt immer dann vor, wenn eine subjektive Wettbewerbsbeschränkung

1. "zu einer Minderung und Verschlechterung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" [1] führt und damit
2. "eine Beeinträchtigung Dritter" verbunden ist, die sich "im allgemeinen in der Einschränkung der den Lieferanten oder Kunden offenstehenden Alternativmöglichkeiten" [2] zeigt.

Das Gegebensein einer derart beschriebenen objektiven Wettbewerbsbeschränkung reicht aber noch nicht aus, um den Inhalt der BM zu bilden. Hinzukommen muß, daß damit

3. "eine schlechtere Versorgung der Allgemeinheit verbunden ist" [3], denn erst dann werde der materielle Gehalt, der dem (ökonomischen) Ziel innewohne, tangiert. [4]

"Durch das GWB wurden aber auch die Grundrechte ihrem Inhalt und Umfang nach eingeschränkt. 'Verträge, die nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit Anerkennung durch die Rechtsordnung finden würden, wird vom GWB der Rechtsschutz versagt.' Zur Rechtfertigung dieser Einschränkung, die bis an die Grenze des Wesensgehaltes des Grundrechts gehen kann, greift der Gesetzgeber auf ökonomische Urteile zurück und verbietet Wettbewerbsbeschränkungen, die... den Wettbewerb als geschützte Institution seinem materiellen Gehalt nach beeinträchtigen."

1) Ebenda, S. 477.
2) Ebenda, S. 478.
3) Ebenda, S. 478.
4) Ebenda, S. 477.

Brugger lehnt hiermit die Vorstellung ab, daß eine Beeinträchtigung Dritter in ihren Alternativen automatisch immer zu einer Schlechterversorgung der Allgemeinheit führe.
Hinter seiner Auffassung steht der Gedanke, daß selbst von einem Vertrag, der bestimmte Geschäftsbedingungen der individuellen Strategie entzieht und somit gegenwärtige oder zukünftige Alternativen für die Geschäftspartner beseitigt, Wirkungen ausgehen können, die das Wohlbefinden der Allgemeinheit fördern. [1] Sofern aber solche Verträge wegen derartiger Überlegungen nicht unter §1 fallen, wäre interessant, von Brugger zu erfahren, welche Aufgaben er den §§ 2 bis 8 GWB zuweist, denn ihr Vorhandensein würde unter gewissen Umständen überflüssig. [2]

---

1) Hierin wird man eine Art wirtschaftspolitischer rule of reason zu sehen haben, denn es muß ja geprüft werden, ob die objektive Wettbewerbsbeschränkung vernünftig im Sinne einer Förderung des Allgemeinwohls ist. Ist sie das nicht und kann sie hingegen zum Gegenteil führen, so ist sie "unvernünftig" und insofern unwirksam.

2) Z.B. zwei Fälle:
Allg. Vor:
a. Ein Vertrag der beide Wettbewerbsbeschränkungen erfüllt.
b. Die Annahme, die Anwendung der §§ 2-8 setze die Anwendung des §1 voraus.

1. Fall:

Der Vertrag ist nicht geeignet, das Allgemeinwohl ungünstig zu beeinflussen. Folge: Er erfüllt nicht das Tatbestandselement "Eignung zum BM" und unterliegt nicht §1. Die §§ 2-8 können und brauchen auf ihn nicht angewendet werden.

2. Fall:

Der Vertrag ist geeignet, das Allgemeinwohl ungünstig zu beeinflussen (sei es auch, daß man sich nach Auswiegen der möglichen günstigen und ungünstigen Effekte zu diesem Urteil durchgerungen hat), dann unterliegt der Vertrag dem §1. ⟶

c. Zum Verhältnis von BW und BM

Im Text des §1 werde mit dem Verhältniswort "durch" zum Ausdruck gebracht, daß

> "die Wettbewerbsbeschränkung die Ursache oder das Mittel sein muß, um eine Beeinflussung der Marktverhältnisse herbeizuführen." [1]

Das Verhältnis dieser beiden Tatbestandselemente zueinander kann damit kausal oder final sein. Brugger glaubt jedenfalls dieses Verhältnis in seiner obigen Wettbewerbsdefinition zwischen "Streben" und "Bereitstellen" wiederzufinden.
Wie sich aus den vorangegangenen Darstellungen der BM entnehmen läßt (vgl. S. 86 ff), sieht er zwischen BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie, denn nicht jede BW eignet sich ex definitione zu BM.

Zwar schließt er nicht aus, daß jede BW in irgend einer Weise eine objektive Wettbewerbsbeschränkung bewirken könne, relevant sind aber nur die objektiven Wettbewerbsbeschränkungen, die zu einer Schlechterversorgung der Allgemeinheit führen oder führen können.

Sofern sich die §§ 2-8 ebenfalls am Allgemeinwohl orientieren, hätte dann ein Zulassungsantrag des Kartells nach einem der relevanten §§ die Wirkung einer Überprüfung der Feststellung des Kartelltatbestandes im Hinblick auf die Eignung zur BM. Es sei auch bemerkt, daß nicht nur die in den §§ 2-8 geregelten Kartelle zugelassen werden könnten, denn über §1 stände allen Kartellen der Weg zur Rechtswirksamkeit offen, sofern man sich bei der Beurteilung ihrer Wirkungen für eine günstige Beeinflussung des Allgemeinwohls entscheidet.

[1] Ebenda, S. 481.

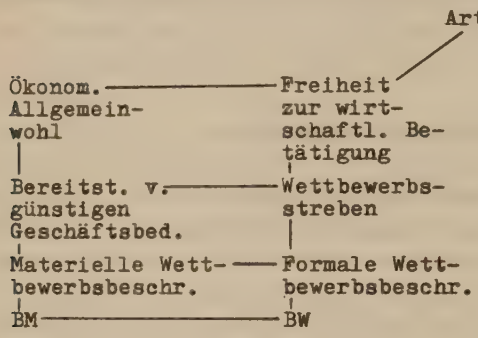
Daraufhin muß Brugger jede objektive Wettbewerbsbeschränkung überprüfen, denn es könnte ja sonst sein, daß z.B. nach §1 ein Vertrag für unwirksam erklärt würde, der zwar subjektiv und objektiv den Wettbewerb beschränkt, aber zu einer Besserversorgung der Allgemeinheit führt.
Ein Merkmal, das es erlaubt zwischen Besserversorgung und Schlechterversorgung der Allgemeinheit zu trennen, gibt er nicht an.

VI. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Brugger geht aus von zwei antipodischen Grundlagen, (1) dem Text d. §1,der BW und Eignung zur BM als getrennte Tatbestandselemente ausweist und (2) einer doppelten Zielsetzung des Gesetzes (1. ökonomisches Allgemeinwohl, 2. Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung). Um einen Wettbewerbsbegriff für §1 zu entwickeln, versucht er, den Raum zwischen diesen Grundlagen mit einem Gedankennetz zu füllen. An dieses stellt er die Anforderung, auf eine in sich widerspruchslose Weise zu einer Auslegung der BW und der Eignung zur BM zu führen, die praktikabel ist und zugleich beide Zielsetzungen berücksichtigt.
2. Erstes Ergebnis seines Gedankenprozesses ist eine Beschreibung des durch §1 geschützten Wettbewerbs (vgl. S. 83).
3. In dieser Beschreibung manifestiere sich der Schutz der Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung im "Streben" (Beschränkung = Inhalt der BW, vgl. S.84), der Schutz des ökonomischen Allgemeinwohls in der "Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsverbindungen" (Beschränkung = Inhalt der BM, vgl. S.86).

4. Gegen die Auffassung, Brugger sehe zwischen Vertrag (bzw. Beschluß) und BW eine Gegenstandstheorie, ergeben sich Bedenken (vgl. S. 84,85). Zwischen BW und BM sieht er eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie.

5. Für den Aufbau der Bruggerschen Gedanken ergibt sich folgende schematische Darstellung, in der das Vorhandensein von verbindenden Gedanken durch Striche angedeutet ist.



G. Die Auffassung von Sölter (1960)

Arno Sölters [1] Verdienst liegt wohl haupsächlich darin, die Diskussion des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes um einige originelle Gedanken bereichert zu haben. Einer dieser Gedanken ist der vom "Stufenwettbewerb", den Sölter selbst als "neuen Aspekt der Konkurrenztheorie" [2] und als "Novum" [3] feiert.

---

1) Diplom-Kaufmann, Direktor d. Forschungsinstituts f. Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Träger: BDI); er ist ferner u.W. zugleich Leiter des Wettbewerbsreferates des BDI und gehört dem "Arbeitskreis Kartellrecht des BDI" an.

2) Sölter, A., Das Rabattkartell, 1955, Vorwort.

3) Sölter, A., Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 1960, S. 42.→

Was Sölter 1955 im "Rabattkartell" unter Stufenwettbewerb versteht, ist zu §1 GWB noch nicht in Beziehung gesetzt. [1] Das holte er jedoch in der später folgenden Schrift "Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung" nach, auf deren 1960 erschienene 2. Auflage sich die folgende Darstellung stützt.

I. Die Auslegung des Tatbestandselements BW

"Beschränkung des Wettbewerbs" in §1 oder, wie Sölter - in Anlehnung an Borchardt/Fikentscher [2] - formuliert, eine "formale" Wettbewerbsbeschränkung ist

> "der freiwillige Verzicht auf die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit durch Vertrag oder Beschluß". [3]

Allein aus dieser Formulierung der BW wird erkennbar, daß Sölter für die Beziehung zwischen Vertrag oder Beschluß einerseits und der BW andererseits auf die Gegenstandstheorie [4] abstellt. An anderer Stelle bekräftigt er diese Auffassung:

Anmerkung: Sölter irrt sich hier, denn schon 1923 gab v. Wiese Kunde vom Sachverhalt des Stufenwettbewerbs und dessen Bezeichnung als Konkurrenz. Man vgl. dazu unten S.176 dieser Arbeit.

1) Westermann, H., Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, 1956, S. 14.

2) Borchardt, K., Fikentscher, W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 29.

3) Sölter, A., Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 1960, S. 57.

4) Sölter vertrat früher eine andere Meinung. Wie Benisch (vgl. S. 21) war er ein Vertreter der Folgetheorie (man vgl. seine Schrift "Das Rabattkartell", Düsseldorf 1955, S. 55). "Der Wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages hat sich jedoch dieser Auslegung des §1 - trotz mehrfacher Erörterung dieser Frage - nicht angeschlossen. ⟶

"... schon das 'gleichmäßige Verhalten' von Marktteilnehmern (ohne Vorliegen einer darauf gerichteten vertraglichen oder beschlossenen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit) als Wettbewerbsbeschränkung i.S. des §1 anzusehen" [1],

ist abwegig.
Ersichtlich richtungsweisend für diese Auslegung durch Sölter sind folgende Gedanken.

II. Zu den Leitvorstellungen

Ausgehend von der Vorstellung, daß alle für das GWB vorgeschlagenen Wettbewerbsbegriffe auf "Dinge" bezogen sind, die sich jeweils innerhalb einer Marktseite abspielen, wobei allen diesen Dingen - gleich ob die einzelnen Wettbewerbsvorstellungen sich um "Streben" oder "Handlungen" sublimieren [2] - eine gewisse Spannung [4] zwischen den Teilnehmern gemeinsam ist, versucht Sölter einem brauchbaren rechtlichen Wettbewerbsbegriff [5] herauszuarbeiten.

So folgte er in der Sitzung vom 26.9.1956 übereinstimmend der Ansicht des Vertreters des BJM, daß 'Bezugs- und Absatzvereinbarungen insoweit unter die Vorschrift des §1 fallen, als für die Beteiligten eine Verpflichtung begründet werde'." (Benisch, W., Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 790)
Sölter und Benisch gingen danach zur Gegenstandstheorie über. Benisch aufgrund dieser Stellungnahme des Ausschusses (vgl. DB 1957, 790). Sölter gibt den Grund seines Meinungswechsels nicht an. In seiner Schrift Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung (1960) tritt er ja - wie oben dargestellt - für die Gegenstandstheorie ein. In einer Fußnote (Fußnote 102) erklärt er dazu: "Insoweit hält Verf. seine Auslegung des §1 Reg.Entw. (Das Rabattkartell, S. 56) nicht mehr aufrecht." Damit ist sein Wechsel von der Folge- zur Gegenstandstheorie vollzogen.

[1] Sölter, A., Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 1960, S. 58.

Dazu müsse man sich - meint er - zunächst den Marktmechanismus vor Augen halten, denn dieser soll die Grundlage der Wettbewerbsvorgänge und damit der rechtlichen Normierung des Wettbewerbsbegriffes sein. [6]
Sölter will also seine Vorstellung vom Wettbewerb primär an den am Markt [7] gegebenen Sachbeziehungen orientieren.
Dem entspricht die Art und Weise, wie er den Wettbewerb dem Markt zuordnet.
Einerseits erwächst Wettbewerb für Sölter aus dem Markt, andererseits soll der Wettbewerb dem Markt bei der Erfüllung seiner Funktionen helfen. Für die Fassung des Wettbewerbsbegriffes sind deshalb zwei Orientierungsbereiche entscheidend:

1. Der Bereich der Marktzwecke. Da Sölter die Hinlänglichkeit einiger ausgewählter Wettbewerbsvorstellungen an diesen Zwecken mißt, [8] sind sie zugleich Zwecke des Wettbewerbs, der seinerseits verselbständigtes Medium und Mittel ist, um dem Markt zu den Zwecken zu verhelfen.

---

[2] Ebenda, S. 53,54

[4] Für deren Einzelbeschreibung Sölter offenbar (man vgl. ebenda, S. 43) als grundlegend ansieht: Wiese, L.v., Konkurrenz,in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd.5, 4. Aufl. Jena 1923, S. 825 ff

[5] Ebenda, S. 53

[6] Ebenda, S. 53/54

[7] Wobei er für seine Ausführungen auf Märkte zwischen Herstellern und Händlern abstellt.

[8] Ebenda, S. 54

2. Der Bereich der sachlichen Gegebenheiten des Marktes, von denen das ob und inwiefern des Wettbewerbs und damit die Wirksamkeit seiner Mittelfunktion abhängt. Beide Bereiche sollen im folgenden getrennt auf Leitvorstellungen untersucht werden.

a. Die Zwecke des Marktes

Dem Markt weist Sölter drei Aufgaben zu, die er zugleich als "Zielsetzungen der Marktwirtschaft" [1] bezeichnet. Danach soll der Markt

1. den mengenmäßigen Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage herbeiführen,
2. einen Preis bilden, der eine möglichst gerechte Einkommensverteilung zwischen den Marktpartnern sicherstellen soll, und
3. Wettbewerb als "Motor für Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung" sicherstellen - oder, was nach Sölter das gleiche besagt:

> "Verhinderung der Monopolisierung von Angebot oder Nachfrage bzw. Überwachung faktischer Monopolstellungen." [2]

b. Zu beachtende Eigenarten des Marktes

1. Marktlagen und Marktarten

Ist damit einerseits eine finale Orientierung für den Wettbewerbsbegriff gegeben, so steht andererseits für Sölter fest, daß Wettbewerb, aufgefaßt als das auf einer Marktseite zwischen den Marktteilnehmern bestehende Spannungsverhältnis, von den Gegebenheiten des Marktes abhängig ist.

---

1) Ebenda, S. 54.
2) Ebenda, S. 54.

Als solche Gegebenheiten des Marktes möchte Sölter drei Marktlagen [1] berücksichtigt wissen, die er in zwei Marktarten zusammenfaßt. Die drei Marktlagen ergeben sich daraus, daß das Verhältnis von Angebot und Nachfrage grundsätzlich zu einem gegebenen Marktpreis drei verschiedene Lagen aufweisen kann: Es herrscht Angebotsüberschuß, oder Nachfrageüberschuß, oder Nachfrage und Angebot stimmen überein. Die Marktlagen subsumiert er unter die Marktarten, bei denen er Käufermarkt und Verkäufermarkt unterscheidet. Dabei umfaßt der Käufermarkt grundsätzlich zwei Marktlagen:

1. Die Marktlage mit Angebotsüberschuß und
2. die ausgeglichene Marktlage, "wenn Angebot und Nachfrage sich etwa die Waage halten." [2]

Der Verkäufermarkt dagegen scheint nur die Marktlage zu umfassen, in der Nachfrageüberschuß besteht.
Als Begründung dafür, daß er die ausgeglichene Marktlage zum Käufermarkt rechnet, bezieht sich Sölter auf die "besonderen Bedingungen der Angebotsseite." [3]

---

1) Vgl. ebenda, S. 38/39: "Jegliche Wettbewerbspolitik und jegliche Aussage über den Wettbewerbsbegriff müssen... die Marktlage in die Betrachtung einbeziehen."

2)
a. Ebenda, S. 39.
b. Begrifflich trennt Sölter nicht sauber zwischen Marktlagen und Marktarten. So schreibt er ebenda auf S. 38: "Ein Markt hat aber jeweils eine 'Marktlage', d.h. es herrscht Käufermarkt, Verkäufermarkt oder eine ausgeglichene Marktlage vor."
Eine Seite weiter (S. 39) meint er: "Zur Käufermarktsituation rechnen wir auch die ausgeglichene Marktlage.."
Es muß festgestellt werden, daß "Käufermarkt" im ersten und zweiten Zitat grundsätzlich begrifflich verschieden ist.

3) Ebenda, S. 39.

Diese bestehen, soweit hierzu Sölters Ausführungen durchsichtig sind, vor allem in einem besonderen Vorteil, den die ausgeglichene Marktlage den Nachfragern gegenüber den Anbietern im Hinblick auf Konzentration und Entwicklung von Marktmacht gewährt. Dieser Vorteil muß als regelhafte Sachbeziehung nach seiner Auffassung bei der Entwicklung des Wettbewerbsbegriffes beachtet werden.
Unter der expliziten Voraussetzung eines ausgeglichenen Marktes mit atomisiertem Angebot und atomisierter Nachfrage argumentiert Sölter sinngemäß wie folgt:

Wolle ein Anbieter das gesamte Angebot am Markt unter seiner Leitung zusammenfassen, um den Marktpreis zu erhöhen, so könnte er das nur erreichen, wenn die von den Vorteilen (z.B. höhere Gewinne über höhere Preise) ausgehenden Anreize größer wären als die Widerstände, die sich aus Uninteressiertheit (jeder kann ja bei ausgeglichener Marktlage etwa die Mengen Absetzen, die er zum gegebenen Preis absetzen möchte), Mißtrauen (z.B. gegenüber zukünftigen Kartellmitgliedern, Außenseitern, Substitutionsgütern usw.) und vor allem den erforderlichen rechtlichen Freiheitsbeschränkungen bei den Aktionsparametern Preis und Menge ergeben. [1)]

Ein Nachfrager, der beabsichtigte, die Nachfrage zwecks Erzielung niedrigerer Einkaufspreise zusammenzufassen, um so als Nachfrager wie als Zwischenhändler "Gewinne" zu machen, hätte es erheblich einfacher als ein Anbieter in entsprechender Situation. Wenn er sich an die übrigen Nachfrager mit dem Angebot wende, ihm zu einem unter dem Marktpreis liegenden Preis Lieferaufträge zu überschreiben, würde jeder Bezieher grundsätzlich akzeptieren. Der Anreiz, den Eigenbedarf zu niedrigen Preisen zu beziehen, müsse nämlich nicht notwendigerweise zugleich durch rechtliche Beschränkungen des individuellen Nachfrager-Freiheitsbereich geschmälert werden. Das eigenwirtschaftliche Interesse ersetzt hier die rechtliche Bindung.

[1)] Ebenda, S. 20 ff.

Sofern dann der findige Nachfrager allen in Betracht kommenden Herstellern mitteilt, daß er ihnen attraktive Großaufträge überschreiben könne, wenn sie ihn zu reduzierten Preisen belieferten, würden die Anbieter sicher in Anbetracht der Größe der Aufträge und der Befürchtung, bei Ablehnung aus dem Geschäft gedrängt zu werden, ebenfalls zustimmen. [1] Die hier angesprochene regelhafte Sachbeziehung eines ausgeglichenen Marktes, die sich in der Begünstigung von Nachfragezusammenschlüssen äußert, liegt also im wesentlichen darin begründet, daß ohne rechtlich bindende Verpflichtungen Nachfragezusammenschlüsse gebildet und praktiziert werden können, während für Angebotszusammenschlüsse Freiheitsbeschränkungen erforderlich sind, die, um sprengende Kräfte zu überwinden, regelmäßig rechtlich bindend gesichert sein müßten. [2]
Diese Vorstellungen Sölters mögen in manchen Fällen zutreffen. Unter welchen speziellen Voraussetzungen sie gelten, hat er jedoch nicht untersucht.
Ersichtlich wird aus diesen Gedanken Sölters jedoch, daß nicht ein Angebots- bzw. Nachfrageüberschuß für die Begriffe Käufer- bzw. Verkäufermarkt entscheidend ist, sondern daß es darauf ankommt, ob eine bestimmte Marktsituation im großen und ganzen für die Verkäufer zur Durchsetzung ihrer Marktinteressen günstiger ist als für die Käufer (Verkäufermarkt) oder umgekehrt (Käufermarkt). Beide Begriffe basieren auf diesbezüglichen Werturteilen.

2. Marktarten und horizontaler Wettbewerb

In Anbetracht der Auffassung vom Wettbewerb als Spannungsverhältnis zwischen den Teilnehmern einer Marktseite (horizontaler Wettbewerb) und den beiden Marktarten unterscheidet Sölter vier horizontale Wettbewerbskonstellationen:

---

1) Ebenda, S. 20.
2) Man vgl. auch ebenda, S. 41, Fußnote 79.

1. Im Käufermarkt bestehe nur Angebotswettbewerb,

und zwar

"derjenige Wettbewerb, der bisher fälschlicherweise als die einzige Ausdrucksform des Wettbewerbs bezeichnet wurde, nämlich das Spannungsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Anbietern, die das gleiche Ziel haben, nämlich einen möglichst großen Marktanteil zu erringen." 1)

2. Im Käufermarkt gebe es jedoch keinen Nachfragewettbewerb, denn die

"Nachfrager haben unter sich kein 'Spannungsverhältnis'. Keinem Nachfrager 'steht der Erfolg des anderen im Wege', die Bedrohung eines Nachfragers durch einen anderen fehlt, was für den Anbieterwettbewerb ein Charakteristikum ist." 2)

3. Im Verkäufermarkt bestehe dagegen Nachfragewettbewerb:

"Beim Verkäufermarkt springt das Spannungsverhältnis der Angebotsseite zur Nachfrageseite über; die Nachfrager konkurrieren durch Überbietung in den Preisen (eine Qualitätskonkurrenz entfällt auf der Nachfrageseite), um einen möglichst großen Anteil am knappen Angebot zu erringen." 3)

4. Im Verkäufermarkt gebe es jedoch - wenn überhaupt - nur geringen Angebotswettbewerb, denn auf

"der Angebotsseite schrumpft das Spannungsverhältnis je nach dem Ausmaß des Verkäufermarktes zusammen, da der einzelne Anbieter im individuellen Austauschverhältnis einen bestmöglichen Preis erzielen kann... Nach dem Volksmund ist denn auch... 'jeder Anbieter ein Monopolist'." 4)

---

1) Ebenda, S. 39.

2) Ebenda, S. 39.

3) Ebenda, S. 39/40.

4)
a. Ebenda, S. 40.
b. Es fällt auf, daß Sölter - wo es um den Ausschluß von Wettbewerb zwischen den Anbietern geht, viel unklarer argumentiert als beim Ausschluß des Wettbewerbs zwischen den Nachfragern: →

Wettbewerb im Sinne des horizontalen Spannungsverhältnisses könne jedoch nicht den oben genannten Zwecken befriedigend dienen, da

1. eine sachgerechte Definition bei allen Marktarten die jeweilige Position der Anbieter und /oder Nachfrager im Markt berücksichtigen müsse; [1]
2. in der Realität auf einem Markt entweder Käufer oder Verkäufermarktsituationen vorherrschen, die
3. mit ihrer ungleichen Machtverteilung zwischen Angebot- und Nachfrageseite gegen die obigen Marktzwecke verstießen.

Gemeint sind mit dem letzten Punkt offenbar Verstöße gegen den ersten und zweiten Marktzweck (vgl.S.94), denn diese Zwecke erwähnt er bei ungleichen Machtverhältnissen zwischen Angebot und Nachfrage am Markt ausdrücklich. [2]
Von diesen beiden Zwecken scheint ihm die "gerechte Einkommensverteilung" besonders am Herzen zu liegen, denn sie wird bei ihm von allen Zwecken am häufigsten angeführt. [3]

Hier (vgl. oben 2) sagt er klipp und klar, daß kein Spannungsverhältnis besteht. Dort (vgl. oben 4.) verweist er nur darauf, daß das Spannungsverhältnis schrumpft, Auf die Frage wie weit es schrumpfen kann, enthält er sich der Meinung und verweist auf den Volksmund!

c. Für uns ist die Frage offen, wie in Anbetracht des unterschiedlichen Wettbewerbs in den verschiedenen Marktlagen die Behauptung Sölters zu verstehen ist, daß sich Nachfrage- und Angebotskartelle "im Hinblick auf ihre Wettbewerbsregelung wie ein Ei dem anderen" gleichen. Vgl. ebenda, S. 15.

1) Ebenda, S. 55.

2) Ebenda, S. 44: "...ist infolge der Verschiebungen der Gleichgewichts- und Einkommensverhältnisse... unerwünscht."

3) So alleine ebenda auf Seite 42;

a. "...daß ihre Erreichung für die andere Marktseite mit Nachteilen verbunden sein und vor allem die gerechte Einkommensverteilung stören kann."

b. "...'Die Letzten beißen die Hunde!'"

3. Markt und Stufenwettbewerb

Die Lösung des Problems sieht Sölter im Stufenwettbewerb. Er glaubt, mit einer Ausdehnung der Vorstellung vom "Wettbewerb als Spannungsverhältnis" auf die beiden sich jeweils am Markt gegenüberstehenden Marktseiten (vertikaler Wettbewerb) die soeben dargestellten Nachteile horizontalen Wettbewerbs vermeiden zu können. Seine Vorstellung vom Stufenwettbewerb präsentiert er mit folgenden Worten:

> "In der wirklichen Wirtschaft gab es jedoch stets ein 'Spannungsverhältnis' zwischen Anbietern und Nachfragern. Beide strebten... ein gleiches Ziel an, nämlich ein möglichst vorteilhaftes Geschäft zu machen; der Anbieter wollte seit eh und je einen möglichst hohen, der Nachfrager einen möglichst niedrigen Preis erzielen.
> Wir nennen dieses vertikale Spannungsverhältnis 'Stufenwettbewerb'." [1]

"Vollständig" ist der Stufenwettbewerb, wenn beide Marktseiten über gleiche oder annähernd gleiche Marktmacht verfügen; er ist "unvollständig", wenn ein solches Gleichgewicht nicht besteht.
Da er den beschränkten Stufenwettbewerb "infolge der durch ihn bedingten Verschiebungen der Gleichgewichts- und Einkommensverhältnisse" [2] für wettbewerbspolitisch unerwünscht hält, impliziert offenbar seine Vorstellung vom vollständigen Stufenwettbewerb die Auffassung, daß er wettbewerbspolitisch wünschenswert sei und daß bei seinem Vorliegen der Gesamtheit der Marktzwecke (vgl.S.94) nach Lage der "unveränderlichen" Marktgegebenheiten am besten gedient wird.

c. Stufenwettbewerb und §1 GWB

Den Begriff des Stufenwettbewerbs möchte Sölter dem §1 zugrunde legen, und zwar weil

---

1) Ebenda, S. 43.
2) Ebenda, S. 44.

1. der §1, um nicht wirklichkeitsfremd zu sein [1] und eine Marktseite zu vergessen - im Gegensatz zu §22 GWB [2] -,die Verhältnisse bei Angebot und Nachfrage umfaßt, damit
2. grundsätzlich die oben aufgezählten Wettbewerbskategorien sowie ihre Nachteile [3] beachtet werden müssen und
3. sich die Tatbestandselemente BW und BM widerspruchslos mit dem Sinngehalt des Stufenwettbewerbs füllen lassen. [4]

Die Subsumtion des Stufenwettbewerbs unter die letztgenannten Tatbestandselemente stellt er sich so vor, daß die beiden Marktarten (Käufer- bzw. Verkäufermarkt) mit ihren jeweils zwei Wettbewerbskonstellationen die Marktverhältnisse darstellen.
Dazu müsse dann noch die formale Wettbewerbsbeschränkung hinzutreten, die - wie eingangs ausgeführt - im freiwilligen Verzicht auf die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit durch Vertrag oder Beschluß liegt. [5]

---

1) Ebenda, S. 55.
2) Ebenda, S. 19, S. 58, Fußnote 106, S. 61.
3) Zu den Nachteilen zählt Sölter auch, daß bei Zugrundelegung eines horizontalen Wettbewerbsbegriffes die kartellrechtliche Beurteilung je nach Marktlage wechseln müßte, was offenbar eine Gefahr für die Rechtssicherheit darstellt. Vgl. ebenda, S. 57.
4) Ebenda, S. 57: "Bei Prüfung der Frage, ob ein m a r k t bezogener (d.h. nicht nur einseitig s p a n n u n g s bezogener) Wettbewerbsbegriff unter §1 GWB subsumiert werden kann, kommt man u.E. zu einem positiven Ergebnis."
5) Ebenda, S. 57.

Im Rahmen des §1 gebe es aber nicht nur die Wettbewerbsfreiheit der Betätigung im Verhältnis zu den Partnern auf der gleichen Marktseite, sondern auch im Verhältnis zu den Partnern der anderen Marktseite: Die Freiheit eines Anbieters oder Nachfragers sei nämlich auch dann beschränkt, wenn auf der gegenüberliegenden Seite die Auswahlmöglichkeiten erheblich gemindert wären, also beschränkter Stufenwettbewerb vorläge. [1]
Diese Freiheitsbeschränkung reiche jedoch trotz der Stufenüberlegung erst dann, um §1 zum Zuge zu bringen, wenn auf horizontaler Ebene eine sie auslösende BW gegeben ist. [2]
Dieser Auslegungsversuch Sölters wirft eine Reihe von Problemen auf.
Zunächst ist zu beachten, daß Sölter zweierlei Arten von Wettbewerbsfreiheit unterscheidet:

1. Wettbewerbsfreiheit im Zusammenhang mit der Auslegung des Tatbestandselementes BW im Sinne der Freiheit der Betätigung im Verhältnis zu den Marktpartnern auf der gleichen Marktseite. [3] Diese Auslegung orientiert Sölter an der "ratio legis":

   > "Mit dem §1 GWB wollte der Gesetzgeber... allein die Freiheit jedes einzelnen, sich am Markt zu betätigen, sicherstellen." [4]

2. Wettbewerbsfreiheit im Zusammenhang mit der Auslegung des Tatbestandselements BM im Sinne der Erhaltung des Marktmechanismus, wobei er sich sinngemäß zu Benisch bekennt, der als Ziel des GWB den Schutz des freien Wettbewerbs "als Institution der Marktwirtschaft zum Nutzen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" [5] schützen möchte.

---

1) Ebenda, S. 60.
2) Ebenda, S. 62.
3) Ebenda, S. 59/60.
4) Ebenda, S. 58.
5) Ebenda, S. 60, Fußnote 110.

Daraus geht hervor, daß Sölter für die Auslegung des Begriffs des durch §1 geschützten Wettbewerbs zumindest eine doppelte Zielsetzung hat:

1. Für die Auslegung der BW orientiert er sich allein an dem Schutz der individuellen Freiheit des einzelnen am Markt.
2. Für die Auslegung der BM sprechen u.E. seine Ausführungen dafür, daß hier der Individualschutz im obigen Sinne überhaupt nicht relevant ist, [1]

daß hier die Wettbewerbsfreiheit auch nicht der Erhaltung des Marktmechanismus schlechthin dienen, sondern den Marktmechanismus aufrechterhalten soll, der es dem Markt erlaubt, seine ihm oben zugewiesene Aufgaben zu erfüllen.
Demnach ist festzustellen, daß ersichtlich nur die zweite Auffassung der Wettbewerbsfreiheit im Hinblick auf die Zielsetzung mit dem Konzept des Stufenwettbewerbs Gemeinsames aufweist, während er die BW von Wettbewerb im Sinne von Wettbewerbsfreiheit [2] ableitet, deren Zusammenhang zum Stufenwettbewerb nicht ohne weiteres einzusehen ist. Leider schweigt Sölter zu allen mit dieser Frage verbundenen Problemen. Natürlich könnte man versuchen, Sölters Gedanken mit Hilfe von Hypothesen zu glätten. Darin liegt aber nicht unsere Aufgabe. Es sei hier noch bemerkt, daß Sölters Auffassung vom Wettbewerb des §1 in der Literatur zwar lebhaft diskutiert wurde, [3] sich aber nicht durchsetzen konnte.

---

1) Man vgl. ebenda, S. 60, Fußnote 110.

2) Ebenda, S. 57: "... wenn man den Begriff 'Wettbewer nach §1 im Sinne von 'Wettbewerbsfreiheit" versteht."

3) Man vgl. dazu: Sölter, A., Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, MA 1961, S. 337, Fußnote 2 .

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Sölter geht von der Vorstellung aus, daß der Markt gewisse volkswirtschaftliche Aufgaben zu erfüllen hat, die zugleich Zwecke eines aus dem Markt herauswachsenden Wettbewerbs sind. Der Wettbewerb ist von den sachlichen Gegebenheiten des Marktes abhängig. (Sölter unterscheidet vier von der Marktart abhängige horizontale Wettbewerbskonstellationen).

2. Weil eine sachgerechte Wettbewerbsdefinition bei allen Marktarten die jeweilige Position der Anbieter und /oder Nachfrager im Markt berücksichtigen müsse - in der Realität auf einem Markt entweder Käufer- oder Verkäufermarktsituationen vorherrschen, die mit ihrer ungleichen Machtverteilung gegen die Marktzwecke verstießen -, will Sölter "vollständigen Stufenwettbewerb". Dieser ist durch gleiche oder annähernd gleiche Marktmacht der Anbieter und Nachfrager gekennzeichnet. Ihn möchte Sölter dem §1 zugrunde legen: Um nicht wirklichkeitsfrend zu sein, müßten grundsätzlich die Marktarten und die ihnen zugeordneten Wettbewerbskategorien beachtet werden. Außerdem ließen sich BW und BM widerspruchslos mit dem Sinngehalt des Stufenwettbewerbs füllen.

3. Das - glaubt er - sei geschehen, wenn man Wettbewerb nach §1 im Sinne von Wettbewerbsfreiheit versteht und die BW als freiwilligen Verzicht auf die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit und die BM als Beschränkung der Auswahlmöglichkeiten der Marktgegenseite (vgl. S. 102) interpretiert.

4. Ein Zusammenhang zwischen Wettbewerbsfreiheit und Stufenwettbewerb ist jedoch nicht unmittelbar ersichtlich. Er kann auch nicht ohne weiteres unterstellt werden, weil
   a) Sölter zwei Arten von Wettbewerbsfreiheiten (eine für die BW, eine für die BM) unterscheidet, die er an verschiedenen Zwecken orientiert (Individualschutz, Institutionsschutz) und

b) nur die Zwecke der für die BM relevanten Wettbewerbsfreiheit mit denen des Stufenwettbewerbs ersichtlich übereinstimmen.

H. Die Vorstellungen im Baumbach-Hefermehl-Kommentar (1960)

BW und BM bilden nach dem Baumbach-Hefermehl-Kommentar (abgekürzt BH) die "materiellen Kriterien" [1] des durch §1 zu schützenden Wettbewerbsbereichs. Mit ihrer Auslegung beschäftigt er sich besonders sorgfältig. Im Ergebnis seiner Ausführungen vertritt er die Ansicht,

1. die Erfüllung des Tatbestandselements BW erfordere, "daß einzelne Wettbewerber ihre individuelle Entschließungsfreiheit einengen... Mittel einer kartellmäßigen Beschränkung des Wbs ist der Vertrag oder Beschluß, der die Beteiligten subjektiv bindet und bestimmte Wb-Handlungen objektiv regelt." [2]

---

[1] Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. 1960, S. 1230;

BH unterscheidet in §1 zwei Kartelltatbestände:

a. Einen "formellen" (vgl. ebenda, S. 1225 ff), dieser betrifft die äußere Erscheinung einer Kartellbindung (Vertrag, Beschluß) und

b. einen "materiellen" (vgl. ebenda, S. 1230 ff): die Eignung des Vertrages oder Beschlusses durch BW die "Erzeugnisse oder die Marktverhältnisse mit Waren oder gewerblichen Leistungen zu beeinflussen".
Man beachte: In §1 steht "Erzeugung".

BH nimmt diesen Unterschied nicht sehr ernst: "Da sich jede Beeinflussung der Erzeugung, gleichviel ob es sich um Urerzeugung, Be- oder Verarbeitung handelt, auf die Marktverhältnisse auswirkt... erfaßt der Ausdruck 'Marktbeeinflussung' beides. " Ebenda, S. 1241;
BH beruft sich hierfür auf Lukes, Der Kartellvertrag, 1959, S. 161, Anm. 29 und Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 51.
"Erzeugung" brauchte für BH deshalb überhaupt nicht im Text des §1 zu stehen. Er setzt sich damit über eine Auslegungsregel hinweg, der er insbes. für die Auslegung von BW und BM große Bedeutung beimißt. Man vgl. S.

[2] Ebenda, S. 1233

2. Der unbestimmte Rechtsbegriff BM bringe zum Ausdruck,

> "daß sämtliche Wirkungen der vertraglichen WbBeschränkung auf die wirtschaftlichen Beziehungen gleich- oder verschiedenstufiger Unternehmen beachtlich sind... Bei dieser Prüfung bleiben die rein internen Wirkungen der WbBeschränkung auf die vertragsschließenden Unternehmen selbst unberücksichtigt." [1]

Aus dem ersten Zitat wird explizit, daß BH für eine Beziehung der Gegenstandstheorie zwischen Vertrag bzw. Beschluß und BW eintritt. Eine Begründung dafür liefert er an anderer Stelle. Dort fordert er, obwohl seine Auffassung durch den Wortlaut des §1 "nicht unbedingt gedeckt" wäre, eine derartige Beziehung, und zwar aus

a. dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und
b. dem Bemühen, den Unternehmen noch genügend Möglichkeiten zur Kooperation zu lassen.

Dabei argumentiert er:

> "§1 ordnet für Kartellverträge oder -beschlüsse die zivilrechtliche Unwirksamkeit an. Eine solche automatisch einsetzende Sanktion ist nur sinnvoll, wenn für die Beurteilung der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Inhalt des Vertrages und nicht seine Wirkungen im Einzelfall maßgebend sind. Die gegenteilige Auslegung würde bedeuten, daß jeder Vertrag, der ein gleichförmiges Verhalten zur Folge haben kann, unter dem Damoklesschwert der Unwirksamkeit steht, auch wenn die Parteien sich nicht in ihrer üblichen Betätigung gebunden haben. Damit wären fast alle Formen unternehmerischer Zusammenarbeit gefährdet." [2]

Aus dem zweiten Zitat ist zu entnehmen, daß nach Ansicht von BH

a. die Frage des relevanten Marktes für die Auslegung der BM offenbar ohne Bedeutung ist [3] und
b. daß für die Merkmale der BM nur auf die Verhältnisse der am Vertrag oder Beschluß nicht Beteiligten abgestellt wird. [4]

---

1) Ebenda, S. 1241.
2) Ebenda, S. 1234; man vgl. auch S. 1240 u. 1244.
3) Man vgl. S. 121, Fußnote 5) b.
4) Um begriffliche Überschneidungen zu vermeiden.

Wichtigste Voraussetzung für das Ableiten der Auslegung beider Tatbestandselemente sei eine Wettbewerbsvorstellung [1]. Wie diese bei BH aussieht und welche Gedanken sie und die Auslegung der obigen Tatbestandselemente bestimmen, soll im folgenden untersucht und dargestellt werden.

I. Die Grundgedanken

Für die Auslegung bewegt sich BH zwischen drei verschiedenen Gedankenbereichen, von denen er als Gegebenheiten ausgeht:

1. dem Text des §1,
2. dem Zielkomplex des §1 und
3. dem Wettbewerb, wie er sich am Markt darstellt.

a. Zu 1. (Dem Text des §1)

Für die Auffassung des durch den Text des §1 geschilderten Normalsachverhalts ist vor allem auf eine Regel hinzuweisen, die BH unbedingt beachtet wissen möchte: daß jedem im Text aufgeführten Tatbestandselement auch eine "selbständige rechtliche Bedeutung beizumessen ist." [2]

b. Zu 2. (Dem Zielkomplex des §1)

Weitere leitende Gedanken liegen in der Zielsetzung des §1: Sinn des §1 sei, die kartellmäßige Beeinflussung des Marktes zu verhindern [3], insbesondere

a. die Märkte offen zu halten und
b. die Rechte unbeteiligter Dritter zu schützen. [4]

---

1) "Die Beurteilung, ob ein Vertrag oder Beschluß seinem Inhalt nach eine WbBeschränkung enthält, setzt voraus, daß man sich über das Objekt der Beschränkung, den Begriff des Wbs im klaren ist." Ebenda, S. 1232.

2) Ebenda, S. 1231.

3) Ebenda, S. 1231.

4) Ebenda, S. 1232.

Das diene dem Zweck, die konkurrenzmäßige Beeinflussung des Marktes zu "fördern". [1]
Die Erhaltung des Wettbewerbs ist ihrerseits nicht Selbstzweck [2]: Wettbewerb ist Mittel [3] für wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zielsetzungen [4].
Er wird nur geschützt, damit er

a. seine wirtschaftspolitischen Wirkungen und
b. seine gesellschaftspolitischen Wirkungen [5]

entfalten kann. Diese Zielsetzungen sind damit für den gewünschten Wettbewerb - und nur er soll durch §1 geschützt werden - bestimmend.

1. Für die wirtschaftspolitische Zielsetzung orientiert sich BH vermutlicherweise an der Begründung zum Regierungsentwurf (Abschnitt A I) wenn er ausführt, dem Gesetz liege die Erkenntnis zu Grunde,

> "daß der freie Wb den größten Nutzeffekt für die G e s a m t w i r t s c h a f t, insbesondere die Verbraucher gewährleistet." [6]

---

1) Ebenda, S. 1231; besser als "fördern" würde hier das Wort "schützen" passen:
Da in der kartellmäßigen Beeinflussung des Marktes nur eine besondere Form der Beeinflussung des Marktes durch Wettbewerbsbeschränkung zu sehen ist, wird durch §1 unmittelbar der Wettbewerb geschützt und nur insofern gefördert. Die Maßnahmen,die nach §1 zu seinem Schutz ergriffen werden können, setzen bei der Offenhaltung der Märkte und beim Schutz unbeteiligter Dritter an. Nicht jede kartellmäßige Beeinflussung wird offenbar durch §1 verhindert, sondern nur die durch diese Maßnahme faßbaren. Insofern ist auch der Schutz des Wettbewerbs nur ein partieller.
2) Ebenda, S. 10.
3) Ebenda, S. 1208.
4) Ebenda, S. 1209.
5) Ebenda, S. 1232.
6) Ebenda, S. 1209.

Diese Erkenntnis habe man - so meint er - aus dem Modellbild der vollkommenen Konkurrenz gewonnen. [1] Auf eine Erklärung von Zusammenhängen zwischen Erkenntnis und Modellbild verzichtet er - bedauerlicherweise, denn seine Vorstellungen über die "vollkommene Konkurrenz" zeigen Unschärfen [2], die bei einem Erklärungsversuch wohl beseitigt worden wären.

2. Die gesellschaftspolitische Zielsetzung liegt darin, daß mit der Ausrichtung der Wirtschaft nach dem Wettbewerb

> "eine Freiheitsordnung auf gesellschaftlichem Gebiet geschaffen werden" soll, "innerhalb der dem Einzelnen die freie Entschließung auch im wirtschaftlichen Bereich gesichert ist." [3]

---

1) Ebenda, S. 1209.

2) Sie werden erkennbar, wenn er ausführt:

"Von der Vorstellung eines vollkommenen Wbs als Idealbild gehen vor allem die Vertreter der Freiburger Schule (Eucken...u.a.) aus.", ebenda, S. 5
Bezüglich Euckens hat sich BH zumindest im Ausdruck vergriffen, denn Eucken spricht von "vollständiger" nicht von "vollkommener" Konkurrenz - wohl schon um auf die begrifflichen Unterschiede hinzuweisen.
Zugute halten kann man BH in diesem Zusammenhang, daß für ihn hier formelle und sachliche Unterschiede zwischen der "vollständigen" und den Konzepten der "vollkommenen" Konkurrenz uninteressant zu sein scheinen: Um zu zeigen, daß die Modelle der Marktformenlehre nur analytischen Wert besitzen, wirft er diese Wettbewerbskonzepte alle in einen Topf und stellt sie - versehen mit dem Etikett "vollkommene Konkurrenz" - als Idealtypen dem Idealtyp "Monopol" gegenüber. Seine Schlußthese: "Der wirkliche Wb spielt sich z w i s c h e n den beiden Idealtypen ab und enthält daher zugleich monopolistische und kompetitive Elemente." Ebenda, S. 6.

3) Ebenda, S. 2109.

Für diese Zielsetzung orientiert sich BH an Biedenkopf und Günther:
Biedenkopf erklärt in der von BH angegebenen Schrift den Zusammenhang zwischen freiheitlicher Grundordnung und gesamtwirtschaftlicher Nützlichkeit anhand eines Modells dezentraler Wirtschaftsordnung mit Hilfe Euckens "vollständiger" Konkurrenz. [1] Seine These, der sich BH anschließt, lautet: Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung werden durch die Wettbewerbsordnung integriert. [2]
Fast wörtlich hat BH von Günther die These übernommen, die Wettbewerbsordnung beruhe

> "auf der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen und ihrer Sicherung durch das G". [3]

Günther seinerseits stützt diese These durch einen Hinweis auf die Begründung zum Regierungsentwurf - ohne allerdings die genaue Stelle zu bezeichnen, auf die er sich bezieht - und argumentiert:

> "Das Gesetz soll das wirtschaftspolitische Gegenstück zur politischen Demokratie schaffen, sein Zweck ist, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen. So sagt dies klar die Begründung, und um dieses Ziel bemühen sich seine Vorschriften. Die entscheidende Absicht also ist die Freiheitsgarantie: die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen und ihre Sicherung durch das Gesetz ist Voraussetzung für die Wettbewerbsordnung." [4]

Günther weist an gleicher Stelle ferner darauf hin, daß die Freiheit des Einzelnen in der politischen Demokratie in den Grundrechten verankert ist und insofern zwischen Wettbewerbsordnung und politischer Demokratie ein beiden zugehöriges Bindeglied darstellt:

> Es ist "wichtig, sich daran zu erinnern, daß das Recht zur freien wirtschaftlichen Entfaltung zu den Grundrechten gehört... Die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs bedeutet die Garantie dieses Grundrechtes." [5]

---

1) Biedenkopf, K.H., Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958, S. 21 ff, insbes. S. 22, Fußnote 6.
2) BH, a.a.O., S. 1210.
3) Ebenda, S. 1210.
4) Günther, E., Zur Verabschiedung des Gesetzes →

Die gleiche Ansicht vertritt BH. [6] Ausführlicher wird dieser Gedanke unten im Rahmen der Voraussetzungen zum Wettbewerb behandelt (vgl. S. 114 , 115).

3. In der Frage der Rangordnung der beiden Zielsetzungen hat BH nicht klar entschieden. Er ist nicht ganz sicher, ob er die Zielsetzungen als gleichrangig bezeichnen oder ob er der gesellschaftspolitischen Zielsetzung vor der wirtschaftspolitischen den Vorrang einräumen soll:

> "Die Ausrichtung der Wirtschaft nach dem WbPrinzip dient nicht nur einem ökonomischen Postulat. Als zumindest gleichwertiges Ziel soll eine Freiheitsordnung auf gesellschaftlichem Gebiet geschaffen werden..." [7]

c. Zu 3. (Dem Wettbewerb, wie er sich am Markt darstellt)

Der dritte Gedankenbereich, von dem BH als Gegebenheit ausgeht, umschließt das "Wettbewerbsprinzip" und seine Ausprägung im wirtschaftlichen Bereich des Lebens: [8] Wenn BH vom "Wettbewerbsprinzip" [9] in der Wirtschaft spricht, meint er offenbar das, was seiner Ansicht nach auch den Kern des wirtschaftlichen Wettbewerbs ausmacht:

> "Das Streben eines Wirtschaftssubjekts, auf einem gemeinsamen Markt an Stelle eines anderen zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen." [10]

---

gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1957, 721.

5) Günther, a.a.O., S. 722.

6) BH, a.a.O., S. 19 ff.

7) Ebenda, S. 1209.

8) Ebenda, S. 2 ff.

9) Ebenda, S. 1222.

10) Ebenda, S. 2.

Voraussetzung dafür ist ein Wettbewerbsverhältnis:

> "Dieses setzt mindestens zwei W e t t b e w e r b e r als Anbieter oder Nachfrager und einen D r i t t e n (Kunden, Lieferer) voraus." [1]

Diese Grundvorstellung des Wettbewerbs übernimmt er samt Terminologie für den zum GWB gesuchten Wettbegriff. Grund und Hintergrund dafür sind wohl darin zu sehen, daß es BH vor allem darauf ankommt, den Wettbewerb nach dem "Sprachgebrauch des Lebens" [2] zu erfassen, um der Wirklichkeit [3] gerecht zu werden.
Er beobachtet und beschreibt deshalb die natürlichen Vorgänge auf den Märkten und versucht sich an der "Natur der Sache" zu orientieren:
Nur wenn Marktteilnehmer sich gegenseitig durch ihr Verhalten bedrohen und beeinflussen, sei in der Wirklichkeit und nach dem Sprachgebrauch des Lebens auf einem bestimmten Markt Wettbewerb vorhanden. [4] Da es sich beim Wettbewerb um einen äußerst differenzierten Tatbestand handele, zeige er verschiedene "Aspekte". [5]

1. Zum Wesen des Wettbewerbs

Obwohl bei Darstellung des Wettbewerbsprinzips auf ein bestimmtes "Streben" abzustellen sei, genüge, um das Wesen aktuellen Wettbewerbs zu erfassen, ein bloßes "Streben" nicht, denn ohne äußere Tätigkeit lasse sich der Wunsch nach Geschäftsabschlüssen nicht verwirklichen. Mittel der Tätigkeit sei ein auf den Wettbewerb bezogenes (d.h. einem relevanten Streben entsprechendes) Verhalten, in der Regel eine Handlung. Diese Auffassung werde durch den Bericht des 21. Ausschusses für Wirtschaftspolitik bekräftigt, denn auch er sei davon ausgegangen,

---

[1] Ebenda, S. 4.
[2] Ebenda, S. 6.
[3] Ebenda, S. 6.
[4] Ebenda, S. 6.
[5] Ebenda, S. 7.

> "daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen." [1]

Wettbewerbshandlungen [2] klassifiziert BH im Hinblick auf ihre Originalität in schöpferische und nachahmende Wettbewerbshandlungen. [3] Sie wechseln offenbar im Wettbewerb, denn:

> "Jeder Wettbewerber strebt danach, einen Vorsprung vor dem anderen zu erlangen, den er möglicherweise auch erreicht, ohne deshalb schon ein 'Monopol' zu erlangen, solange er jederzeit wieder von einem Mitbewerber eingeholt oder überholt werden kann." [4]

Außerdem bestehe die "normale Form der Konkurrenz" in einem "Zustand der Rivalität" unter mehreren Wettbewerbern, die sich in ihrem Verhalten gegenseitig beeinflussen und zu verdrängen suchten. [5] Nach der Stelle, an der die Wettbewerbshandlungen im Markt ansetzen, unterscheidet er verschiedene "Wettbewerbsformen" [6].

---

1) Bericht des 21. BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, Zu §1; vgl.Gem.K., 1.Aufl., S.1175 vgl. BH, S. 3.

2) Worin sich Verhalten und Handlung begrifflich unterscheiden ist aus dem Kommentar nicht ersichtlich. Ebenso wird nicht gesagt, ob "Handlung" auch ein "Unterlassen" umfaßt. Diese Frage ist nicht bedeutungslos, denn auch mit einem Unterlassen kann man unter bestimmten Umständen im kaufmämischen Verkehr "tätig" werden (z.B. Annahme eines Antrags durch Schweigen). Insofern kann Unterlassen ein Mittel der Tätigkeit sein.

3) Ebenda, S. 10.

4) Ebenda, S. 2.

5) Ebenda, S. 7.

6) Ebenda, S. 1209; an Wettbewerbsformen nennt er: Preis-, Qualitäts-, Service-, Reklame-, Verpackungs-, sowie den quasimonopolistischen Wettbewerb durch Produktdifferenzierung.

2. Zu den Voraussetzungen

So gesehener Wettbewerb beruhe auf zwei voneinander abhängigen, grundlegenden Voraussetzungen:

1. Das "fundamentum competitionis ist die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung," [1]

und zwar nicht für jede Freiheit zu wirtschaftlicher Betätigung, sondern nur für den Teil dieser Freiheit, die notwendig ist, daß

a. die Anbieter ihre Leistungen in Bezug auf Preis, Güte, Service und andere Faktoren frei bestimmen und
b. die Nachfrager die ihnen angebotenen Leistungen frei auswählen können.

Diesen Teil der Betätigungsfreiheit bezeichnet BH als Wettbewerbsfreiheit, denn sie ist für Wettbewerb notwendige Voraussetzung: Wettbewerb stellt sich bei Nutzung dieser Freiheit durch entsprechende Handlungen im selben wirtschaftlichen Bereich automatisch ein. Wettbewerbsfreiheit bedeutet hier äußere Freiheit zur entsprechenden Handlung. [2]

2. Neben ihr kennt BH noch eine innere Freiheit. Wettbewerbshandlungen bedürfen nicht nur äußerer Freiheit. Einer die äußere Wettbewerbsfreiheit nützende Handlung geht ein geistiger Prozess voraus, dessen Ergebnis über das Ob und Wie der Wettbewerbshandlung entscheidet. Für diesen Prozess fordert BH eine selbständige Willensbildung im Hinblick auf

a. den Abschluß eines Vertrages am Markt,
b. die Wahl des Vertragspartners und
c. die inhaltliche Gestaltung des Vertrages. [3]

---

1) Ebenda, S. 8; dort heißt es auch: "Die Möglichkeit, sich wirtschaftlich frei zu betätigen, ist zwar nicht der Wb selbst, aber die Voraussetzung dafür, daß er sich einstellt."

2) Ebenda, S. 23: "Eine Folge der freien wirtschaftlichen Betätigung mehrerer Unternehmer im selben wirtschaftlichen Bereich ist es, daß sich Wb einstellt."

Damit bringt er zum Ausdruck, daß die äußere Freiheit zu wettbewerblicher Betätigung durch eine entsprechende innere Freiheit der Willensbildung ergänzt werden muß.

3. Zu den Wirkungen des Wettbewerbs

Bemerkenswert seien auch die Wirkungen des Wettbewerbs im Hinblick auf

a. die Versorgung der Allgemeinheit, bzw. auf den gesamtwirtschaftlichen Nutzeffekt und
b. dem Schutz der Freiheit zur Betätigung.

Zu a.:
Bei Anbieterwettbewerb z.B. herrsche auf der Anbieterseite ein Spannungszustand (= Konkurrenzdruck) [4], der aus der Bedrohung durch die Mitbewerber resultiere [5], da es zum Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs gehöre, Kunden zu gewinnen, auf die der Mitbewerber rechnet, oder ihm Kunden abzunehmen, die er schon hat. Jede Beeinträchtigung des Mitbewerbers sei erlaubt, die der Wettbewerb mit sich bringt [6], und zwar nicht nur die Verdrängung, sondern auch die endgültige Vernichtung der Mitbewerber, die mit ihren Leistungen nicht Schritt halten können [8] sofern dies mit erlaubten Mitteln geschieht. Da nur Mittel erlaubt seien, die sich in Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Ware ausdrücken, bringe der Wettbewerb eine Entwicklung dieser Mittel mit sich, [7] denn er zwinge die Anbieter, das Bestmögliche zu leisten. [9]

---

3) Ebenda, S. 8, man vgl. auch S. 27.
4) Ebenda, S. 1233.
5) Ebenda, S. 9.
6) Ebenda, S. 10.
7) Ebenda, S. 11.
8) Ebenda, S. 11.
9) Ebenda, S. 27.

Damit trage er zum gesamtwirtschaftlichen Nutzeffekt bei. Für die Nachfrager schaffe der Wettbewerb auf der Anbieterseite Alternativen [1], so daß sie in der Lage seien, zwischen mehreren Angeboten zu wählen. [2] Weil Wettbewerb die Anbieter zwinge, das Bestmögliche zu leisten und die Nachfrager in die Lage versetze sich das günstigste Angebot auszuwählen, bewirke er die volkswirtschaftlich beste Versorgung. [3]
Damit der Wettbewerb das leiste, nennt BH eine Bedingung, auf die bei der Marktstruktur zu achten sei:

> "Zur Erhaltung eines gesunden, die Gesamtwirtschaft fördernden Wbs ist es unerläßlich, daß möglichst viele Einzelwettbewerber dauernd im Spiel bleiben." [4]

Zu b.:

Wenn BH darauf hinweist, der Wettbewerb sei ein Entmachtungsinstrument [5], so meint er damit offenbar, daß durch ihn z.B. bei Anbieterwettbewerb der einzelne Anbieter gegenüber dem einzelnen Nachfrager in der Möglichkeit diesem seine Bedingungen aufzuzwingen durch die Angebote seiner Mitbewerber eingeschränkt wird. Insofern ist Wettbewerb auch geeignet, die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Nachfrager zu schützen.

d. Die Adäquanz von Wettbewerb und Zielsetzungen

Der so aufgefaßte Wettbewerb sei den Zielen des Gesetzes angemessen, denn:

1. Eine notwendige Voraussetzung des Wettbewerbs bilde der von der Rechtsordnung garantierte Freiheitsbereich, in dem sich die Wettbewerbshandlungen abspielen können. [6]

---

1) Ebenda, S. 4.
2)
a. Ebenda, S. 7.
b. Ebenda, S. 9: "Ihre Marktgegner müssen auch in der Lage sein, zwischen mehreren Erzeugnissen frei zu wählen, die nach Preis, Qualität und sonstigen Merkmalen differieren."

2. Ferner sei Wettbewerb ja in der Lage, durch seine Wirkungen sowohl der wirtschaftspolitischen Zielsetzung (größerer Nutzeffekt für die Gesamtwirtschaft) wie der gesellschaftspolitischen Zielsetzung (relativ größere Freiheit der Marktneben- und Marktgegenseite) zu dienen.

Er erweise sich somit nach seinen Voraussetzungen wie nach seinen Wirkungen den Zielsetzungen des GWB als adäquat.

e. Zur Adäquanz von Wettbewerb und Zielsetzungen für den Gesetzestext

Die Interpretation von BW und Eignung zur BM steht im Spannungsfeld zwischen den drei oben dargestellten Gedankenbereichen. Die Widerspruchslosigkeit der Interpretation ist offenbar für BH Beweis der Adäquanz seiner Vorstellungen von Wettbewerb und Zielsetzungen für den Gesetzestext.
Ausgehend vom Wortlaut des Gesetzes, läßt er zum Zweck der Auslegung seinen Blick zwischen einem aus seiner Wettbewerbsvorstellung abgeleiteten (insofern letzten Endes auf Beobachtung der Praxis beruhenden) Kartellgeschehen und den Gesetzeszielen hin und her wandern.

---

3) Ebenda, S. 27/28.
4) Ebenda, S. 11.
5) Ebenda, S. 10.
6) Politische Demokratie ist insofern notwendige Voraussetzung für Wettbewerb. Eine andere Frage ist, ob dieser Freiheitsbereich für die Entfaltung des gewünschten Wettbewerbs immer ausreicht. Mit dieser Frage beschäftigt sich BH aber nicht.

Soweit seine dazu vorgebrachten Gedanken verfolgbar sind, soll versucht werden, sie nachzuvollziehen: Aus dem im Text des §1 geschilderten "Normalsachverhalt" ergibt sich, daß Wettbewerb nur gegen ganz bestimmte Beschränkungen geschützt werden soll: gegen solche, durch die die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen beeinflußt werden können [1], wobei von einem Vertrag oder Beschluß auszugehen sei. Er bildet somit nach dem Gesetzestext das Mittel der weiteren Beeinflussung, denn er binde die Beteiligten subjektiv und regele bestimmte Handlungen objektiv. [2]

---

1) Ebenda, S. 1230.

2)

a. Ebenda, S. 1233; vgl. auch S. 105 u. Arbeit.

b. Während BH hiermit eindeutig auf die Handlungsfreiheit abstellt, bezeichnet er auf der gleichen Seite im gleichen Zusammenhang die Entscheidungsfreiheit als relevant: "Unternehmen beschränken ihren Wb, wenn sie künstlich durch Vertrag ihre wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit aufheben oder einengen." Ebenda, S. 1233.

Darin liegt jedoch kein Widerspruch, sofern er

1. mit Entscheidungsfreiheit und Handlungsfreiheit die gleiche Vorstellung verbinden würde - was nach BHs Ansicht über die Wettbewerbsfreiheiten (vgl. S. 114) nicht zu erwarten ist - oder

2. wenn er zwar von verschiedenen Vorstellungen ausgeht - die Entscheidungsfreiheit als eine dem geistigen Bereich des Menschen zugehörige, aber zweckgebundene Voraussetzung zur Wettbewerbshandlung betrachtet: Wird die Möglichkeit zu Wettbewerbshandlungen rechtlich eingeschränkt, so vermindert sich notwendig der nutzbare zweckgerichtete Bereich der Freiheit zur Entscheidung.

Aber nicht nur nach dem Wortlaut des §1 seien solche Vereinbarungen Mittel zum Zweck der Marktbeeinflussung, sondern auch auf realen Märkten unter Wettbewerbern, denn die Unternehmen würden in der Regel nur dann Selbstbeschränkungen übernehmen,

> "wenn ihnen durch diese Kooperation ein gesteigerter Markteinfluß in einem für sie günstigen Sinne realisierbar erscheint." [1]

Diese formale Entsprechung von Mittel und Zweck im Text des Gesetzes und in der Realität ermutigt ihn offenbar, die weiteren Maßstäbe für die Auslegung von BW und Eignung zur BM aus seinen Wettbewerbs- und Zielvorstellungen zu entnehmen, wobei er im Hinblick auf die Zielsetzung die größere Bedeutung der Eignung zu BM beimißt, denn

> "gerade die marktregelnde Funktion" ist "das Wesen einer WbBeschränkung und damit des Kartells als einer ihrer besonderen Formen... Sie zu verhindern, ist Sinn und Zweck des §1, damit der Wb seine wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Wirkungen entfalten kann... Kartellverträge werden nicht für unwirksam erklärt, um die Kartellbeteiligten vor Selbstbeschränkung zu bewahren, sondern um die Rechtsbereiche unbeteiligter Dritter zu schützen und die Märkte offen zu halten." [2]

Und gerade eine vertragliche Beschränkung des Handlungsbereichs ist geeignet, die oben dargestellten und im Hinblick auf die Zielsetzungen von BH positiv bewerteten Wirkungen des Wettbewerbs zu beeinträchtigen oder auszuschließen.
Es ist deshalb verständlich, wenn er für die BW auf die innere Bindung der Beteiligten (Mittel), für die Eignung zur BM dagegen auf die Außenwirkungen (Zweck) abstellen will, denn auf diese Weise findet er eine Auslegung, die alle drei sie bestimmenden Gedankenbereiche verbindet.

---

1) Ebenda, S. 1231.
2) Ebenda, S. 1232.

II. Zur Praxis der Auslegung

Um gegebene Verträge zu "gemeinsamen Zweck" daraufhin zu überprüfen, ob sie und die mit ihnen verbundenen Bedingungen die "materiellen Kriterien" (vgl. S. 105) des §1 erfüllen, sind die Verträge

a. im Hinblick auf die BW

dem folgenden Ausleseverfahren zu unterwerfen:

Zunächst sind alle Verträge als irrelevant auszuscheiden, die keine Handlungen objektiv regeln, indem sie die Beteiligten subjektiv binden sollen. [1)]
In den verbleibenden Verträgen sind nur entsprechend fixierte Handlungen für die weitere Untersuchung relevant. Von diesen sind in der Regel [2)] nur die relevant, die nicht nach anderen Gesetzen, insbesondere dem UWG unzulässig sind. [3)] Aus dem Rest sind alle fixierten Handlungen auszuscheiden, die gem. der Wettbewerbsvorstellung von BH nicht als Wettbewerbshandlungen anzusehen sind. [4)]

---

1)
a. Ebenda, S. 1233.
b. "sollen" deshalb nur erforderlich, weil ein Kartellvertrag nach §1 unwirksam ist.

2)
a. "Jede Beeinträchtigung des Mitbewerbers ist erlaubt, die der Wb seiner Natur nach mit sich bringt, vorausgesetzt, daß dies mit erlaubten Mitteln geschieht." Ebenda, S. 10.
b. Anerkannte Rechtspositionen und Institutionen dürfen in ihrem Wirkungsbereich nicht sachwidrig betroffen werden. Das ist z.B. bei gewerblichen Schutzrechten zu beachten, denen in der Gesamtordnung ein Eigenwert zukommt, der auch gegenüber den umfassenden Zielsetzungen des §1 Geltung beansprucht." Ebenda, S. 1247 Anm. 57 →

Sofern Wettbewerbshandlungen übrig geblieben sind, erfüllen sie das Tatbestandselement BW. [5]

b. Im Hinblick auf den Test der Eignung zur BM

Das weitere Ausleseverfahren erfolgt nun anhand einer "wertjuristischen" [6] Prüfung, denn um zu ermitteln, ob eine BW objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, bedürfe es einer Gesamtbeurteilung ihrer marktlichen Auswirkungen, deren Ergebnis von den Umständen des Einzelfalles abhängig sei. [7]

---

c. "Bestimmungen anderer Gesetze, die nach ihrem Sinngehalt erkennen lassen, daß sie das Verhalten der Beteiligten im Wb nach eigenen Gesichtspunkten regeln... können den Vorrang haben, so daß Vereinbarungen, die sich im Rahmen dieser Regelungen halten, nicht unter §1 fallen." Ebenda, S. 1247 Anm. 56.

3) Ebenda, S. 1239 Anm. 40.

4) Man vgl. S. 114 ff dieser Arbeit.

5)
a. Ansatzpunkt der BW ist die besondere Wettbewerbslage:
"Gegenstand der Beschränkung würde aber... die tatsächlich bestehende WbsLage unter den verschiedenen Wirtschaftssubjekten" sein, "die sich bisher auf einem bestimmten Markt selbständig um Geschäftsabschlüsse mit Dritten bemüht haben. Diese WbLage wird dadurch beschränkt, daß einzelne Wettbewerber ihre individuelle Entschließungsfreiheit einengen und dadurch ihre wbliche Funktion in einer nach dem WbPrinzip gesteuerten Wirtschaft nicht mehr erfüllen können."
Ebenda, S. 1232/1233.

b. Die Frage der Marktabgrenzung ist nach Meinung von BH für die Anwendung des §1 ohne Bedeutung: "Im Gegensatz zu §§ 22,23 erübrigt sich... im Rahmen der Beurteilung eines Vertrages oder Beschlusses nach §1 die besondere Bestimmung des relevanten Marktes. Denn §1 trifft nur solche Verträge oder Beschlüsse, die durch kollektive WbBeschränkung den Markt beeinflussen... Unternehmen werden ihre wblBetätigung nur dann einschränken, wenn sie sich dadurch marktliche Vorteile versprechen." Ebenda, S. 1243.

6) Ebenda, S. 1242.

7) Ebenda, S. 1242.

Zu prüfen wäre in jedem Fall, ob durch konkrete Außenwirkungen des Kartells die nicht gebundenen Außenseiter und die Geschäftspartner [1] in ihren wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten und Chancen betroffen werden können. [2] Außerdem sei zu prüfen, ob und inwiefern die Interessen der Allgemeinheit berührt würden. [3] Für die "Geschäftsgegner" wird BH noch deutlicher: Sie seien in ihren wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten betroffen, wenn die ihnen offenstehenden Alternativen verringert würden. [4] Die "wertjuristische" Prüfung möchte BH dadurch erleichtern, daß er für den Test auf Eignung zur BM im wesentlichen die Beachtung der folgenden Grundreglen empfiehlt:

1. Liegt eine BW vor, so lasse sich im allgemeinen schon aus ihr die Entscheidung über die Eignung zur BM gewinnen, denn Unternehmen werden ihre wettbewerbliche Betätigung nur dann einschränken, wenn sie sich dadurch marktliche Vorteile versprechen. [5] Bei dieser Grundregel handelt es sich aber um eine "widerlegbare Vermutung" [6]. Wird sie widerlegt - von wem sie widerlegt werden darf, ist offenbar gleichgültig - so wird eine Eignung zur BM als nicht gegeben betrachtet.

2. Ist den an der BW Beteiligten die Beabsichtigung einer Marktbeeinflussung nachweisbar - z.B. weil sich der gemeinsame Zweck des Vertrages auf sie erstreckt -, so liege darin in der Regel ein Indiz für die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung. [7]

---

1) Ebenda, S. 1243.
2) Ebenda, S. 1240.
3) Ebenda, S. 1243.
4) Ebenda, S. 1240.
5) Ebenda, S. 1243.
6) Ebenda, S. 1231.
7) Ebenda, S. 1242.

3. Eignung zur BM liege nicht vor, wenn die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit unbeteiligter Dritter durch die BW nicht eingeengt werde. In diesem Fall ist die obige Vermutung wiederlegt.
Als Beispiel nennt BH den Verzicht auf gewisse superlativistische Werbeanpreisungen. [1]

4. Zu prüfen sei nicht, ob etwa unter Berücksichtigung der konkreten Marktlage durch Beschränkung einer Wettbewerbsform eine andere gestärkt werde (nach BH: " 'ökonomische' rule of reason"). [2]

Dies folge:

1. Aus dem Gesetz selbst (die §§ 2 ff setzen ja voraus, daß der Kartelltatbestand des §1 vorliegt) sowie
2. aus der Rechtssicherheit, denn:

> "Es läßt sich kaum jemals mit Bestimmtheit sagen, ob die Beschränkung einer bestimmten Form des Wbs künftig geeignet ist, den Wb auf dem Markt zu fördern oder zu lähmen." [3]

Diese Auffassung entspricht auch dem unmittelbaren Schutzzweck des §1, den BH einzig darin sieht, kartellmäßige Beeinflussungen, gleich welchen Grades [4], zu verhindern [5], um die Rechte unbeteiligter Dritter zu schützen und die Märkte offen zu halten. [6]

---

1) Ebenda, S. 1244.
2) Ebenda, S. 1245.
3) Ebenda, S. 1245.
4) Ebenda, S. 25.
5) Vgl. S. 108 u. Arbeit.
6) Ebenda, S. 1232.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Der BH-Kommentar geht von drei Gedankenbereichen aus:
   a. Dem Text des §1 und der darauf bezogenen These, jedem aufgeführten Tatbestandselement sei eine selbständige rechtliche Bedeutung beizumessen.
   b. Dem Sinn des §1, der darin liege, durch Offenhaltung der Märkte und Schutz der Rechte unbeteiligter Dritter einen Wettbewerb zu fördern, der selbst Mittel ist um für die Gesamtwirtschaft, insbes. den Verbraucher einen größeren Nutzeffekt zu gewährleisten und um auf gesellschaftlichem Gebiet eine Freiheitsordnung zu schaffen, innerhalb der dem Einzelnen die freie Entschließung auch im wirtschaftlichen Bereich gesichert ist.
   c. Einer am "Sprachgebrauch des Lebens" und der "Wirklichkeit" orientierten Wettbewerbsvorstellung, die durch bestimmte Voraussetzungen, bestimmtes Streben, bestimmte Handlungen und bestimmte Wirkungen gekennzeichnet ist.

2. Er sucht eine den drei Bereichen adäquate Auslegung der Tatbestandselemente BW und BM. Diese glaubt er in der oben dargestellten Auslegung der BW (vgl. S. 105) und der BM (vgl. S. 106, 121) gefunden zu haben.

3. Zwischen Vertrag und BW fordert er eine Gegenstandstheorie; zwischen BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie.

4. Für die Auslegung der Eignung zur BM lehnt er eine "ökonomische rule of reason" ab.

I. Die Vorstellungen von Gabriel (1960)

Unter dem Titel "Zum Begriff der 'Wettbewerbsbeschränkung' im GWB" offerierte Siegfried L. Gabriel - Professor für Nationalökonomie an der Universität Kiel - 1960 im Markenartikel [1] u.a. seine die Auslegung der BW in §1 betreffenden Gedanken. Für die BW möchte er darauf abstellen

> ob ein Vertrag oder Beschluß die Wirkung hat oder haben kann, die Anzahl der tatsächlich unabhängig von einander auftretenden Anbieter oder Nachfrager zu verringern.

Wird die Anzahl reduziert, "zumindest unter eine kritische Zahl" - näheres hierzu sagt er nicht -, so sei darin eine Beschränkung des Wettbewerbs zu erblicken. [2] Wie daraus schon ersichtlich ist, plädiert Gabriel bei dem Verhältnis von Vertrag bzw. Beschluß zur BW für die Folgetheorie.

I. Leitende Vorstellungen

a. Sein Hauptmotiv

Er verfolgt damit die Absicht, zu einer extensiven Interpretation [3] des §1 zu kommen - dem Hauptmotiv des Gabrielschen Auslegungsversuches.

b. Der Anlaß zum Auslegungsversuch

Anlaß, seine Vorstellungen zum Ausdruck zu bringen, scheint die u.a. von Krahe [4] beobachtete und kritisierte Neigung des BKartA zu sein, das Tatbestandselement BW weiter als bisher auszulegen.

---

1) Gabriel, S.L., Zum Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" im GWB, MA 1960, 247 ff.

2) Ebenda, S. 248.

3) Ebenda, S. 248.

4) Krahe, F., Kartellbegriff und Rechtssicherheit, WuW 1959, 615 ff.

Krahe, der selbst für eine, gemessen an der bei Gabriel gegebenen und beim BKartA von ihm vermuteten Auffassung, restriktive Auslegung des §1 eintritt, möchte dies durch eine Auslegung der BW erreichen, die zwischen Vertrag bzw. Beschluß und BW eine Beziehung der Gegenstandstheorie konstituiert.
Dabei mißt er vor allem aus Sorge um das wirtschaftliche Wohl der am Kartellvertrag Beteiligten dem Gedanken der Rechtssicherheit entscheidende Bedeutung zu. [1] Es muß Krahe deshalb beunruhigen, wenn der Streit um Gegenstands- und Folgetheorie, den er offenbar durch die Stellungnahme des 21. Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik [2] und die angebliche "Billigung" dieser Stellungnahme durch Günther [3] und Ewald [4] zugunsten der Gegenstandstheorie entschieden glaubte [5], durch zwei Sätze des BKartA-Tätigkeitsberichtes über das Jahr 1958 zugunsten der Folgetheorie neue Nahrung erhält.

---

1) Ebenda, S. 618.

2) Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucks. 3644 (2.Wahlp.), II.Kartellverträge und Beschlüsse, Zu §1; vgl.Gem. K., 1958, S. 1175:
"Ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der keine Kartellzwecke verfolgt, d.h. nach seinem Gründungsvertrag oder seiner Satzung nicht die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen geeignet ist, unterliegt, gleichgültig, welche Rechtsform er gewählt hat, nicht dem Verbot des §1. Werden aber durch Vertrag oder Beschluß Verpflichtungen zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten begründet, sind die Voraussetzungen des §1 erfüllt."

3) In: MA 1957, 35; man vgl. auch S. 45 unserer Arbeit.

4) In: WuW 1956, 257; man vgl. auch S. 32 unserer Arbeit.

5) Krahe, F., ...a.a.o., S. 619.

Der erste (im 1. Kapitel des Berichtes unter der Überschrift "Rechtliche Ausgangslage und ordnungspolitische Aufgabe" der Tätigkeit des BKartA) lautet:

> "Wesentliche Teile der Tätigkeit müssen dort schon einsetzen, wo wettbewerbsbeschränkende bzw. -verfälschende Absprachen ihre Entstehungsgründe haben." [1]

Im zweiten (im vierten Kapitel in einem Abschnitt, der sich mit Einzelfragen der Anwendung des §1 befaßt) wird ausgeführt:

> "Zur Zulässigkeit dieser sogenannten Open-Price-Systeme hat das Bundeskartellamt bisher eine grundsätzliche Stellungnahme nicht abgegeben, da noch nicht genügend Erfahrungen über das Zustandekommen und die Wirkungen eines derartigen Systems vorliegen". [2]

Gabriel, für den diese Auffassung des BKartA "nicht ohne Reiz" ist [3], lehnt die nach der Gegenstandstheorie ausgerichteten Versuche zur Interpretation der BW von Ewald und Günther ab, wendet sich gegen Krahe und damit auch gegen die Meinung des Ausschusses - die er übrigens mit keinem Wort erwähnt.

---

1) Bericht d. BKartA über 1958, S. 11.

2) Ebenda, S. 39.

3)
a. Gabriel, S.L.,...a.a.O., S.247.

b. Der sich bei Gabriel ebenda befindliche Teilsatz "... als das Bundeskartellamt offensichtlich dazu neigt, diesen Begriff weiter als bisher auszulegen" erweckt die Vorstellung, das BKartA habe bislang eine andere Meinung vertreten. Daß dies für den Bericht des Amtes nicht zutrifft, geht aus den oben zitierten Stellen des 1. BKartA-Jahresberichtes hervor, auf die Krahe verweist. Die in diesem Zusammenhang relevante These Gabriels "Das Bundeskartellamt hat bisher in solchen Fällen Zurückhaltung geübt und nur dort eingegriffen, wo gleichzeitig eine formale Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der am Vertrag Beteiligten nachgewiesen werden konnte" (ebenda, S. 248) läßt erkennen, daß er offenbar die Entscheidungspraxis des Amtes meint. Von welchen Entscheidungen Gabriel nun auf ein Abgehen von der bisher geübten Zurückhaltung schließt, gibt er nicht an.

c. Zum Hintergrund seiner Motivation

Aus Gabriels Zeilen gewinnt man den Eindruck, daß der Hintergrund seiner Motivation durch Unbehagen bestimmt wird: Es befällt ihn als Nationalökonomen, wenn eine BW in §1 nur bei rechtlicher Selbstbindung der Marktteilnehmer in ihrer marktlichen Aktionsfreiheit als gegeben angesehen wird. So weist er darauf hin, daß unter nationalökonomischer Betrachtungsweise die Erscheinung "Wettbewerb" vier grundsätzliche, sich überschneidende Aspekte zeige. [1]
Sofern man von den nationalökonomischen Erkenntnissen über das Wettbewerbsphänomen ausgehe, könnten Verträge jedoch auch dann, wenn sie die wirtschaftliche Aktionsfreiheit der Beteiligten unberührt ließen, geeignet sein, einen so verstandenen Wettbewerb zu beschränken. [2]

d. Seine Argumente

Um eine dieser Erkenntnis entsprechende Auslegung des Tatbestandselementes BW zu verfechten, wählt er folgende Argumentation [3]:

---

1) Gabriel unterscheidet:
   1. Bestimmte Voraussetzungen des Wettbewerbs (z.B. "Marktform im morphologischen Sinn");
   2. Wettbewerb im Sinne wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit der Beteiligten ("parametrische Aktionsfreiheit");
   3. Wettbewerb im Sinne von Alternativen und
   4. Wettbewerb als dynamischer Prozeß.

2) Man vgl. ebenda, S. 251.

3) Ebenda, S. 251.

Sein Versuch, sich auch von den §§ 6,18,20 und 25 ausgehend rechtssystematischer Überlegungen zu bedienen (vgl. ebenda, S. 248, 251, 252), geht von der These aus, daß die "Interpretation des Begriffs der 'Wettbewerbsbeschränkung' " in §1 nicht anders sein könne als an anderen Stellen des Gesetzes.

Ewald und Günther stützten sich auf die Regierungsbegründung, wenn sie von einem Wettbewerbsbegriff ausgingen

> "der die Freiheit der individuellen Entscheidung jedes Marktteilnehmers zu dem allein maßgebenden Kriterium erhebt". [1]

Ihre Ausgangsbasis sei jedoch nicht hinreichend: Es stehe außer Zweifel, daß die Autoren der Begründung zum Entwurf noch mit einem anderen Wettbewerbsbegriff, dem der "vollständigen Konkurrenz", operiert hätten, und zwar in dem Sinne bestimmter Voraussetzungen, die gegeben sein müßten, wenn jenes Streben, andere im Wirtschaftskampf zu überflügeln, zu höchstmöglichen Leistungen und zu einer optimalen Versorgung der Verbraucher führen solle. [2] Da man mit der letzteren Auffassung "operiert", die erstere sogar in der Begründung niedergeschrieben habe, gehörten beide zusammen. [3]

Er blieb infolge zahlreicher Mängel bedeutungslos (man vgl. dazu z.B. Müller-Henneberg, in: WuW 1963, 883 u. 890), so daß hier auf seine Darstellung verzichtet werden kann.

1)
a. Ebenda, S. 247.
b. "Diese Auffassung findet... ihre Stütze in der Begründung zum Kartellgesetz-Entwurf, in der 'Wettbewerb' als 'das Streben' bezeichnet wurde, 'durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen". Ebenda, S. 247.

2)
a. Ebenda, S. 247.
b. Ob Gabriel hier "vollständige Konkurrenz" im Euckenschen Sinne meint, ist zweifelhaft, denn 1. liegt für diese ein entscheidendes Merkmal in einer Verhaltensweise und
2. hätte sich Gabriel mit einem Hinweis auf Eucken die obige Wettbewerbsbeschreibung sparen können.

3) Ebenda, S. 247.

Sie verbinden sich offenbar für ihn in einer umfassenden Vorstellung von der "Marktform der vollständigen Konkurrenz", die er als Schutzobjekt den Autoren der Begründung unterstellt.
Das wird deutlich, wenn er fordert, nicht zu übersehen,

> "daß die Autoren der Begründung dem Gesetzgeber ausdrücklich die Aufgabe gestellt hätten, die vollständige Konkurrenz 'in einem möglichst großen Umfang' zu erhalten und auf den Märkten, auf denen diese Marktform 'herstellbar' ist, dafür Sorge zu tragen, 'daß der vollständige Wettbewerb nicht durch beschränkende Maßnahmen beeinträchtigt wird'." [1]

Die Zitate Gabriels beziehen sich vermutlich auf drei - von ihm nicht näher gekennzeichnete - Sätze der Regierungsbegründung. Dort heißt es in Abschnitt A IV:

> "Der Gesetzgeber muß... seine Aufgabe darin sehen... Störungsfaktoren im Marktablauf dadurch auszuschließen, daß er die vollständige Konkurrenz in einem möglichst großen Umfang erhält." [2]

Undim Abschnitt A V:

> "... die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist.
> Soweit diese Voraussetzung zutrifft bzw. herstellbar ist, muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß der vollständige Wettbewerb nicht durch beschränkende Maßnahmen beeinträchtigt wird." [3]

---

1) Ebenda, S. 248.
2) Vgl. Gem.K., 1958, S. 1059.
3)
a. Vgl. Gem.K., 1958, S. 1059.
b. Die vor allem auf begrenzten Bedarf und fortschreitender Arbeitsteilung (Erkenntnisse aus Beobachtung der Realität) aufbauende These Günthers, die Herbeiführung der Marktform der vollständigen Konkurrenz (von Günther offenbar im Euckenschen Sinne gebraucht, vgl. S. 41/42 unserer Arbeit) werde mit dem Gesetz nicht angestrebt, hält Gabriel in Anbetracht dieser Stellen der Regierungsbegründung für verfehlt. Vgl. ebenda, S. 247/248.

Der erste Satz des zweiten Zitats - der allerdings sehr an Euckens vollständige Konkurrenz erinnert [1] - bildet offenbar auch die Hauptstütze für die zentrale Gabrielsche These:

> "Was sie letzten Endes wollten, ist klar genug zum Ausdruck gekommen: nämlich dafür zu sorgen, daß die Zahl der Teilnehmer auf einem Markt, von der nach ihrer Auffassung die Sicherung und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in erster Linie abhängen, nicht ohne zwingenden Grund reduziert wird." [2]

Diese Formel, die neben der expliziten Wettbewerbsbeschränkung, die Forderung nach extensiver Auslegung des §1 nach der Folgetheorie zwischen Vertrag bzw. Beschluß und BW bereits impliziert, versucht Gabriel durch eine Einschränkung dem Tatbestand des §1 - soweit er ihn für die Folgetheorie benötigt - anzupassen:

> "Diese Forderung bezog sich vor allem auf solche Märkte, auf denen die Verringerung der Zahl der Marktteilnehmer nicht das zwangsläufige Ergebnis eines technisch-ökonomischen Entwicklungsprozesses ist, sondern lediglich die Folge eines organisatorischen Zusammenschlusses." [3]

Somit kommt Gabriel hinsichtlich der Auslegung der BW zu dem Ergebnis:

> "Entscheidend kann nur die Wirkung sein, die von einem Zusammenschluß auf einem bestimmten Markt im Hinblick auf die Zahl der tatsächlich unabhängig von einander auftretenden Anbieter oder Nachfrager ausgeht (oder ausgehen kann)." [4]

---

[1] Eucken, W., Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Göttingen-Heidelberg 1959, S. 95/96:
"Der Anbieter oder Nachfrager nimmt den Preis aus dem anonymen Markt... Wir haben hier einen Zustand von Angebot und Nachfrage vor uns... den wir 'Konkurrenz' nennen."
Mit "vollständiger Konkurrenz" bezeichnet Eucken das Vorliegen von Konkurrenz auf beiden Marktseiten. Man vgl. ebenda, S. 111.

[2] Ebenda, S. 248.

[3] Ebenda, S. 248.

[4] Ebenda, S. 248.

Eine wirtschaftspolitische "rule of reason" lehnt er für die Frage der Wettbewerbsbeschränkung in §1 ab: Die den Nationalökonomen interessierende Frage, ob die durch einen solchen Zusammenschluß bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen gesamtwirtschaftlich schwererwiegend seien als die damit verbundenen Vorteile, stehe in diesem Zusammenhang nicht zur Diskussion. [1]

II. Zu den übrigen Tatbestandselementen des §1

Mit den übrigen Tatbestandselementen des §1 beschäftigt sich Gabriel nicht. Das ist besonders im Hinblick auf die Eignung zur BM bedauerlich. Die Auslegung dieses Tatbestandselementes wäre in Anbetracht der extensiven Interpretation der BW von besonderem Interesse.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Gabriel vertritt die Ansicht, Verträge und Beschlüsse könnten auch dann geeignet sein, den "Wettbewerb" zu beschränken, wenn sie die Aktionsfreiheit der Beteiligten unberührt lassen. Mit einem eigenen Vorschlag zur Auslegung der BW versucht er einem Angriff Krahes auf das sich einer ähnlichen Meinung nähernde BKartA zu begegnen.
2. Gestützt auf einen Satz der Regierungsbegründung (vgl. S. 129) und eine von ihm den Autoren der Begründung zugeschriebenen Vorstellung der "vollständigen Konkurrenz" (vgl. S. 130/131), unterstellt er den Autoren der Regierungsbegründung, letzten Endes wollten sie nur dafür sorgen, daß die Zahl der Marktteilnehmer nicht ohne zwingenden Grund reduziert werde.

---

[1] Ebenda, S. 251.

3. Entsprechend möchte er für die BW darauf abstellen, ob ein Vertrag oder Beschluß die Wirkung hat oder haben kann, die Anzahl der tatsächlich unabhängig von einander auftretenden Anbieter oder Nachfrager zu verringern.

4. Gabriel sieht somit zwischen Vertrag bzw. Beschluß und BW eine Beziehung der Folgetheorie.

5. Für die Interpretation der Wettbewerbsbeschränkung in §1 (BW) lehnt er wirtschaftspolitische rule-of-reason-Überlegungen ab.

K. Die Vorstellungen von Schmitz (1961)

Schmitz - Nationalökonom im öffentlichen Dienst - widmet sich in seinem unter dem Titel "Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht" [1] 1961 publizierten Aufsatz besonders der Auslegung der BW und der Eignung zur BM, denn - so Schmitz:

> "Bei der Subsumtion von kartellrechtlich zu beurteilenden Sachverhalten unter den gesetzlichen Tatbestand des §1 GWB verursachen erfahrungsgemäß gerade diese zwei Tatbestandsmerkmale erhebliche Schwierigkeiten." [2]

Das Tatbestandselement BW in §1 sei erfüllt,

> "wenn es einem Anbieter nicht freisteht, seine Ware irgendeinem Interessenten zu einem niedrigeren Preis, mit einem höheren Rabatt, zu einem für den Abnehmer günstigeren Zeitpunkt oder an einem von diesem bevorzugten Ort anzubieten. Das Entsprechende gilt für Wettbewerbsbeschränkungen auf der Nachfragerseite." [3]

---

1) Schmitz, Werner G., in: NJW 1961, 2089 ff.
2) Ebenda, S. 2089.
3) Ebenda, S. 2089.

I. Leitende Gedanken

a. Seine Zielsetzung

Schmitz möchte mit seinen im vorgenannten Aufsatz angestellten Überlegungen nicht eine justitiable Definition des unbestimmten Rechtsbegriffes "Wettbewerb" geben. Gewollt ist von ihm

> "lediglich eine wirtschaftliche Erfassung des Wettbewerbsphänomens, die eines Tages... durch eine adäquate juristische Begriffsbestimmung ergänzt werden mag." [1]

Als Demonstrationsobjekt für die "wirtschaftliche Erfassung des Wettbewerbsphänomens" dient ihm §1. Auf ihn bezogen will er versuchen, "den allgemeinen Wettbewerbsbegriff des GWB

(a.) aus der ratio legis und

(b.) der Zuordnung der beiden erwähnten Rechtsbegriffe zueinander abzuleiten", [2]

wobei ihm

(c.) eine "wirtschaftlich-funktionale Betrachtung" [3]

Hilfsdienste leisten soll. Gestützt auf die Überzeugung, daß

> "Wettbewerb... in der wirtschaftlichen Realität und Theorie ein einheitlicher Begriff" [4]

sei, geht er ans Werk. Sein Nahziel ist die Interpretation des Tatbestandselementes BW.

---

[1] Ebenda, S. 2093.
[2] Ebenda, S. 2089.
[3] Ebenda, S. 2089.
[4] Ebenda, S. 2090.

b. Thesen und Argumente

1. Zu den zum UWG entwickelten Wettbewerbsvorstellungen

Eine Übernahme der zum UWG entwickelten Wettbewerbsvorstellungen in das GWB lehnt er ab. Die Gebundenheit der Interpreten an den gesetzlichen Tatbestandszusammenhang des UWG habe dazu geführt, daß eine solche Übertragung in zweifacher Hinsicht bedenklich sei:

1. Betrachte man bei Handlungen, die "den Zwecken des Wettbewerbs" im geschäftlichen Verkehr dienen nur das Verhältnis eines Anbieters zu anderen Anbietern, nicht dagegen das Verhältnis der rivalisierenden Anbieter zu den Nachfragern. Dadurch werde das Verständnis für die wesentliche Lenkungsfunktion des Wettbewerbs (vgl. S.138) verbaut.

2. Werde der Wettbewerb zu eng als eine ad personam gerichtete Bemühung um Geschäftsabschlüsse gesehen, da hier unter Wettbewerb das Bestreben verstanden werde, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu erhalten und nach Möglichkeit zu vergrößern. Das Wettbewerbsziel des Wettbewerbers sei jedoch allgemeiner Natur, es sei die langfristige Gewinnmaximierung. [1]

2. Der "Wille des Gesetzgebers"

Als Aufhänger zur Ableitung der oben dargestellten BW-Formel (vgl. S.133) dient Schmitz der "Wille des Gesetzgebers", und zwar in doppelter Hinsicht:

1. Die Grundthese von Schmitz lautet: Der Wille des Gesetzgebers ist auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit gerichtet. Den zur Stützung dieses Satzes notwendigen "Willen des Gesetzgebers" ermittelt er nicht aus den Materialien zu dem Gesetz, sondern offenbar nur aus dem Gesetz (§1) selbst:

---

[1] Ebenda, S. 2089/2090.

"Durch §1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen... soll und kann ein Wettbewerb nicht erzwungen werden. Eine Rechtspflicht zum Wettbewerb besteht nach dem Gesetz nicht.

Daher steht bei der Gesetzesinterpretation nicht der Begriff des Wettbewerbs im Mittelpunkt der Bemühungen, sondern die Beschränkung des Wettbewerbs...

Gesichert werden soll nach dem Willen des Gesetzgebers also lediglich die Möglichkeit zum Wettbewerb, die Wettbewerbsfreiheit." [1]

2. Die zweite These von Schmitz modifiziert die erste: Wille des Gesetzgebers sei, die Wettbewerbsfreiheit sowohl als Institution wie auch als Individualrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung zu schützen. [2] Woraus Schmitz diese zweite These ableitet, ist nicht ersichtlich.

3. Schutzobjekte: Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerb als Institution

Vergeblich sucht man bei Schmitz Aufklärung darüber zu erhalten, welche Vorstellung er mit einer Institution "Wettbewerbsfreiheit" verbindet. Man wird nicht ohne weiteres davon ausgehen können, daß er damit das gleiche meint wie mit der Institution "Wettbewerb", deren Schutz er ebenfalls der Absicht des Gesetzgebers unterstellt. Vom Schutz der Institution "Wettbewerbsfreiheit" spricht er nur einmal (vgl. Fußnote 2 dieser Seite), vom Schutz des "Wettbewerbs als Institution" dagegen öfters. Er liegt ihm offenbar besonders am Herzen, denn:

"Der 'Institutions'schutz muß... den Wettbewerb schlechthin garantieren." [3]

---

1) Ebenda, S. 2089.

2) "Sie soll sowohl als Institution wie auch als Individualrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung geschützt werden." Ebenda, S. 2089.

3) Ebenda, S. 2092.

Welche Vorstellungen er mit "Wettbewerb als Institution" verbindet, deutet er an:

> "Das Wettbewerbsinstitut erscheint nämlich vor allem deshalb als schutzwürdig, weil durch die damit gesicherte Wahlfreiheit aller Wirtschaftssubjekte die Rationalität des Wirtschaftens, insbesondere der Bedarfsdeckung gewährleistet wird." [1]

"Rationalität des Wirtschaftens" möchte er sowohl einzel- wie gesamtwirtschaftlich verstanden wissen: Der einzelwirtschaftlichen Rationalität (einzelwirtschaftliche Orientierung am ökonomischen Prinzip) mißt er als Nährboden, aus dem der Wettbewerb herauswächst, entscheidende Bedeutung zu:

> "Im Grunde erzeugt schon das ökonomische Prinzip, wonach entweder ein gegebenes Ziel mit geringstem Aufwand oder aber mit gegebenen Mitteln der größte Erfolg erreicht werden muß, einen Wettbewerb zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten." [2]

Handele nämlich jeder Wirtschaftsteilnehmer nach diesem Grundsatz, der zugleich das Gewinnmaximierungsprinzip einschließe [3], so stoße er auf gleichgeartete Bemühungen anderer am Wirtschaftsprozeß Beteiligter, denen mehr oder weniger Erfolg zuteil werden könne. Jeder finde sich damit unversehens der Konkurrenz ausgesetzt, ohne daß er ein besonderes "Wettbewerbsstreben" entwickelt oder bewußt einen "Spannungszustand" herbeigeführt habe. Betätigung des ökonomischen Prinzips und Wettbewerb divergierten im Effekt nur dann, wenn das prinzipgerecht handelnde Wirtschaftssubjekt allein oder fast allein operiere, d.h. im Monopolfall und in seinen Unterfällen, z.B. dem Kollektivmonopol. [4]

---

1) Ebenda, S. 2089.
2) Ebenda, S. 2093.
3) Ebenda, S. 2093.
4) Ebenda, S. 2093.

Daneben sei gesamtwirtschaftliche Rationalität unerläßlich:

> "Einzel- und gesamtwirtschaftliche Rationalität ist erforderlich, um z.B. den Fall des temporären gezielten Vernichtungswettbewerbs - meist mit nachfolgender Preiserhöhung - auszuschließen, bei dem zwar die einzelwirtschaftliche Rationalität durch das vernichtende Unternehmen gewahrt sein kann, die gesamtwirtschaftliche jedoch nicht gegeben sein muß." [1]

Maßstäbe für einzel- bzw. gesamtwirtschaftliche Rationalität liefert er nicht mit.

Im Gegensatz zur Rationalität des Wirtschaftens, sieht er die Rationalität der Bedarfsdeckung offenbar lediglich in einem überindividuellen Sinne. Was er im einzelnen unter ihr verstanden wissen möchte, ist nicht mit Sicherheit zu sagen. Erkennbar wird nur, daß für ihn die Rationalität der Bedarfsdeckung von der Lenkungsfunktion des Wettbewerbs abhängt, die er in

> "der Hinleitung der Nachfrage zum günstigsten Angebot" [2]

sieht. Kann aus irgendwelchen Gründen - z.B. durch eine besondere Praktizierung des Unlauterkeitsbegriffes [3] - der Wettbewerb diese Lenkungsfunktion nicht erfüllen, so kommt es zu Fehlleitungen, die zur Verschlechterung der Bedarfsdeckung führen.

---

1) Ebenda, S. 2093, Fußnote 1.

2) Ebenda, S. 2090: "Das Verständnis für die wesentliche Lenkungsfunktion des Wettbewerbs, nämlich die Hinleitung der Nachfrage zum günstigsten Angebot..."

3) "Lediglich scharfer und den Konkurrenten unbequemer Wettbewerb darf nicht als unlauter abgestempelt werden. Die Rationalität des Wirtschaftens würde dadurch beeinträchtigt werden und die Verzichtbereitschaft des leistungsfähigeren Wettbewerbers (z.B. bei günstigerer Preisstellung) die Bedarfsdeckung nicht verbessern können." Ebenda, S. 2090.

4. Schutzobjekt: Wettbewerbsfreiheit als Individualrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung

Eine notwendige Voraussetzung für einzelwirtschaftlich rationales Handeln ist die Freiheit der Einzelwirtschaft am Markt [1] und in der Erzeugung [2] das zu tun, was nicht verboten ist [3] und was sie als wirtschaftlich vernünftig erkennt. Auf die Frage, was "Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Individualrecht" bedeutet, gibt Schmitz eine Antwort. Jeder Anbieter und jeder Nachfrager soll die Freiheit haben, mit irgend einem Partner der Marktgegenseite über eine Ware oder Leistung in beliebiger Menge und zu von ihm selbst aufgrund selbständiger Überlegungen festgelegten Bedingungen zu kontrahieren.

---

1) "Der Wettbewerbsbegriff des GWB ist im wesentlichen marktbezogen. Er bezieht sich entsprechend vornehmlich auf die Distributionssphäre. Sie umfaßt jenen Zwischenbereich, in dem sich durch ein feingeädertes System Verbraucher und Erzeuger gegenseitig abtasten, um schließlich jene Erzeugnisse, die zur Bedarfsdeckung benötigt werden, in den Konsum fließen zu lassen." Ebenda, S. 2090.

2) "Der Wettbewerbsbegriff des GWB bezieht sich auch auf einen dem Marktgeschehen vorgeschalteten Vorgang, nämlich die Erzeugung. Oft erscheint es den Interessenten sicherer und einfacher, den gefürchteten Wettbewerb gleichsam schon an der Quelle, d.h. in der Produktionsstufe, zu beschränken. Vereinbarungen über Produktionskontingente - nach Warenart und Menge -, Abmachungen über Produktionsverbote (etwa Glühlampen mit einer Brenndauer von über x Stunden...), Verträge über Nichtausnutzung von Patenten oder... Nichtanwendung bestimmter Produktionsverfahren... sind hier zu nennen." Ebenda, S. 2091.

3) Z.B.: "Wettbewerb ist als Rechtens und nach dem GWB schutzwürdig anzusehen, soweit er nicht durch das UWG und seine Nebengesetze als unlauter gekennzeichnet ist." Ebenda, S.2090.

Als Voraussetzung dafür nennt er drei Bedingungen:

1. Jeder Marktpartner müsse zunächst das Recht haben, mit seinem Angebot oder seiner Nachfrage auf den Märkten überhaupt in Erscheinung zu treten.

2. Angebot und Nachfrage müßten personell, räumlich und zeitlich frei sein. Das bedeute, die Kontrahierungsfreiheit dürfe weder ad personam, z.B. durch Ausschluß bestimmter Personengruppen, noch regional, etwa auf bestimmten Landesteilen oder Märkten, noch bezüglich des Abschluß- oder Erfüllungszeitpunktes beschränkt werden.

3. Bei allen potentiellen Geschäftspartnern müsse die Freiheit in der Gestaltung der Bedingungen im Weitesten Sinne gewahrt sein; dies beziehe sich auf alle Elemente, die im Rahmen der geltenden Gesetze als Wettbewerbsmittel angewendet werden könnten. [1)]

c. Wettbewerb, BW und Eignung zur BM

An diese um die Schutzobjekte gesponnenen Gedanken knüpft Schmitz in zweifacher Hinsicht an:

1. Um seine für §1 entwickelte Wettbewerbsvorstellung in Kurzfassung zu bringen: Unter Wettbewerb möchte er

> "alle einzel- und gesamtwirtschaftlich rationalen Handlungen (und Verhaltensweisen), mit denen Anbieter und Nachfrager von Waren oder gewerblichen Leistungen sich unabhängig voneinander am wirtschaftlichen Prozess beteiligen" [2)]

verstanden wissen. [3)]

2. Um seine eingangs dargestellte Formel für die Auslegung der BW abzuleiten: Er gewinnt sie (a) aus der Funktion individueller Freiheiten für (b) den Wettbewerb als Institution:

---

1) Ebenda, S. 2089.
2) Ebenda, S. 2093.
3) Unklar ist, was Schmitz mit "Verhaltensweise" bezeichnet.

"Zwecks Feststellung einer Beschränkung des Wettbewerbs ist stets zu fragen:

(a) Kann ein beliebiger Geschäftspartner (z.B. Verbraucher) dadurch benachteiligt werden, daß sein potentieller Kontrahent (z.B. Händler) durch Vertrag daran gehindert ist, mit ihm überhaupt oder zu für ihn günstigeren Bedingungen ins Geschäft zu kommen?

(b) Eine Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung, die solcherweise von den typischen Wirkungen der wirtschaftlichen Selbstbeschränkung auf die Marktgegenseite ausgeht, wird zugleich den Vorstellungen des Gesetzgebers gerecht, die dieser mit dem Schutz des Wettbewerbs als Institution verbunden hat." [1]

Ob in Schmitz ein Vertreter der Gegenstands- oder der Folgetheorie zu sehen ist, kann nicht eindeutig entschieden werden. Für die Gegenstandstheorie spricht seine Forderung nach vertraglicher Beschränkung, da diese in §1 eine gesellschaftliche (zu "gemeinsamen Zweck") und selbstbeschränkende (eine Verpflichtung Dritter ist nach unserer Rechtsordnung nicht möglich) sein muß. Auf die Folgetheorie deutet hin, daß beide Marktseiten in die BW einbezogen werden, der Vertrag aber höchstens eine Verpflichtung im Hinblick auf das Verhalten einer Marktseite, der selbstbeschränkenden, enthalten kann.

Durch Einbeziehung der Wirkungen auf die relevante individuelle Freiheit der Geschäftspartner in den Merkmalsbereich der BW, faßt Schmitz die Auslegung dieses Tatbestandselementes auch im Hinblick auf die Sachverhalte extensiver, die von anderen, z.B. von Benisch (vgl. S. 22 ff), dem Frankfurter Kommentar (vgl. S. 71f) und Baumbach-Hefermehl (vgl. S. 121 ff) der Eignung zur BM subsumiert werden. Schmitz möchte die Eignung zur BM wie folgt aufgefaßt wissen:

---

[1] Ebenda, S. 2089.

Nach dem Text des Gesetzes müsse die BW kausal für die BM sein. Eine"abstrakte Eignung" [1] zur BM, wie sie das GWB allein fordere, sei nach wohl "unbestrittener wirtschaftswissenschaftlicher Meinung" [2], die auch vom Bundeskartellamt [3] vertreten werde, bei wettbewerbsbeschränkenden Verträgen stets gegeben. Die Annahme, es könne auch eine Gruppe wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen geben, die nicht zur BM geeignet sind, wäre mit den Vorstellungen des Gesetzgebers unvereinbar. Die gedankliche Einheit von BW und BM sei zwar im Gesetz nicht besonders markant aber doch erkennbar zum Ausdruck gekommen.

---

1) Müller-Henneberg kommentiert diese Stelle bei Schmitz wie folgt:

"Zum Begriff der Wettbewerbshandlung gehört, daß sie dem Wesen nach geeignet sein muß, die Marktverhältnisse derart zu beeinflussen, daß die Chancen der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzielen, beeinträchtigt werden.
Maßnahmen, die schon abstrakt - d.h. also abgesehen von den besonderen Umständen des konkreten Falles - nicht geeignet sind, sich zugunsten des Marktpartners auszuwirken, sind keine Wettbewerbshandlungen.
Wird die Handlungsfreiheit mit Bezug auf Maßnahmen, die diese abstrakte Eignung besitzen, beeinträchtigt, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.
In diesem Sinne ist in der Tat bei wettbewerbsbeschränkenden Verträgen 'stets eine abstrakte Eignung zur Marktbeeinflussung gegeben' (Schmitz, NJW 61, 2092)." Vgl. Müller-Henneberg, Gm.K. 1963, S. 133.

2) Bei Schmitz ohne Begründung und Quellenangabe.

3) Bei Schmitz ohne Begründung und Quellenangabe.

Schmitz' These:

> "Ist also ein auf einen gemeinsamen Zweck gerichteter Vertrag wettbewerbsbeschränkend, so ist er stets auch geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen." 1)

II. Bemerkungen zur Anwendung des Gesetzes

1. Ähnlich wie bei Günther (vgl. S. 46) braucht man nach Schmitz einen gegebenen Sachverhalt nur auf das Vorliegen einer BW überprüfen. Liegt eine BW vor, so ist dem Tatbestandselement Eignung zur BM ebenfalls genügt.

2. Dem Test auf BW muß nach Ansicht von Schmitz eine Abgrenzung des relevanten Marktes vorausgehen, denn:

> "Die Notwendigkeit, den Wettbewerbsbegriff aus den Funktionen des Marktes abzuleiten, zwingt zu einer möglichst genauen Bestimmung des Wettbewerbsobjektes, d.h. der Ware oder gewerblichen Leistung, für die ein Markt angenommen wird." 2)

Über ein Aufzeigen der hiermit verbundenen Grundproblematik 3) kommt er allerdings nicht hinaus.

3. Rule-of-reason-Überlegungen lehnt Schmitz für §1 ab. Seine von ihm nicht näher begründete These hierzu lautet:

> "Aus wohlerwogenen Gründen hat der Gesetzgeber im GWB weder eine rule of reason vorgesehen noch hat er die Unwirksamkeitsfolge etwa auf eine 'wesentliche' Beeinflussung der Marktverhältnisse beschränkt." 4)

---

1) Ebenda, S. 2092.

2) Schmitz, S. 2091.

3) "Als Grundregel läßt sich... ableiten, daß eine Wettbewerbsbeschränkung sich desto eher kartellrechtlich relevant erweisen kann, je weiter der in Betracht gezogene Markt ist, und daß umgekehrt eine eng spezialisierende ——→

III. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Schmitz will zur wirtschaftlichen Erfassung des Wettbewerbsphänomens beitragen. Deshalb versucht er - ausgehend von der "ratio legis" und dem Text des §1, der BW und BM einander zuordnet - vor allem das Tatbestandselement BW mit Hilfe einer "wirtschaftlich funktionalen" Betrachtung auszulegen. Eine Übernahme der zum UWG entwickelten Wettbewerbsvorstellungen für die Interpretation des GWB lehnt er ab.

2. Am "Willen des Gesetzgebers" anknüpfend unterstellt er dem §1 drei Schutzzwecke: Schutz der Institution Wettbewerbsfreiheit, Schutz des Wettbewerbs als Institution, Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Individualrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung.

3. In Anbetracht der mit den Schutzobjekten verbundenen Gedanken formuliert er seine, auch für den §1 zum Zuge kommende Wettbewerbsvorstellung (vgl. S. 140). Die Auslegung der BW (vgl. S. 133) gewinnt er aus der Betrachtung der Funktion wirtschaftlicher individueller Freiheiten für den Wettbewerb als Institution.

4. Die Frage, ob Schmitz sich in der Beziehung von Vertrag (bzw. Beschluß) und BW für die Gegenstands- oder Folgetheorie entscheidet, ist nicht zu beantworten (vgl. S. 141). Zwischen BW und BM ist bei ihm eine Beziehung im Sinne der Gegenstandstheorie feststellbar (vgl. S. 143).

5. Rule-of-reason-Überlegungen lehnt Schmitz für das GWB, insbes. für den §1, ab.

Erfassung des Wettbewerbsobjekts die Feststellung einer zur Beeinflussung der Marktverhältnisse geeigneten Wettbewerbsbeschränkung erschwert."
Ebenda, S. 2091.

4) Ebenda, S. 2092.

L. Die Vorstellungen von Knöpfle (1962/1966)

Mit Robert Knöpfle schaltet sich ein Schüler des Mainzer Rechtswissenschaftlers Prof. Bartholomeyczik in die Diskussion um die Auslegung des Tatbestandselementes BW in §1 ein.

Knöpfles Hauptanliegen ist, die für die Auslegung der BW auf ein zielgerichtetes "Streben" oder "Handeln" abstellende und vor allem deshalb ungeeignete "herrschende Auffassung" durch eine geeignetere zu ersetzen. [1] Diesem Zweck diente vor allem sein 1962 unter dem Titel "Zum Wettbewerb im Sinne des §1 GWB" erschienener Aufsatz, dessen gedanklichen Inhalt er im 2. Teil seiner 1966 im Handel erschienenen Habilitationsschrift [2] ausführlich ergänzte.

In beiden Arbeiten kommt er hinsichtlich der BW in §1 - abgesehen von kleinen Änderungen der Formulierung - "zu demselben Resultat" [3]:

> "Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren oder Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können, ausgeschlossen oder eingeschränkt werden." [4]

---

1) Knöpfle, R., Zum Wettbewerb im Sinne des §1 GWB, in: WuW 1962, S. 166 (im folgenden angegeben mit: Knöpfle, Zum... a.a.O., S....).

2) Knöpfle, R., Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln-Berlin-Bonn-München 1966 (im folgenden angegeben mit: Knöpfle, Der... a.a.O., S...).

3) "Die vorstehenden Untersuchungen haben zu demselben Resultat geführt wie ein früherer Versuch des Verfassers... Daher kann auf die damals aufgestellte Definition zurückgegriffen werden. Im Interesse der Lebensnähe und Anschaulichkeit der Definition erscheint es jedoch zweckmäßig, den Ausdruck 'Gefahren' durch das Wort 'Risiken' zu ersetzen. Ferner soll durch eine kurze Einfügung erläutert werden, daß das Wort 'Erfordernisse' auch die Schranken umfasst."
Knöpfle, Der... a.a.O., S. 222.

4) Knöpfle, Zum... a.a.O., S. 174.

Unterschiedlich sind jedoch die von Knöpfle gewählten Begründungen. Sie sollen hier für Fälle des Anbieterwettbewerbs und dessen Beschränkung dargestellt und durchleuchtet werden:

I. In seinem Aufsatz
kommt er durch eine kritische Analyse der "herrschenden Auffassung" über den Wettbewerb in §1 zu "methodischen Grundfragen der Definition des Wettbewerbs". In dieser Definition selbst liegt für ihn der wichtigste strategische Punkt auf dem Wege zur BW, denn die Definition hat für ihn unmittelbar den Zweck aufzuzeigen, was in der Negation die Wettbewerbsbeschränkung ausmacht. [1] Die Quintessenz der beiden vorgenannten Abschnitte liegt in der

a. Herausarbeitung von drei Hauptanforderungen [2],

denen seiner Vorstellung nach eine Definition dieses Begriffes genügen muß:

1. Die Wettbewerbsdefinition soll nicht auf ein durch eine Zielangabe charakterisiertes Streben oder Handeln der Unternehmen abstellen.

Begründungen:

a. Sofern jeder Anbieter am Markt langfristige Gewinnmaximierung anstrebt - was Knöpfle als realitätsnah unterstellt - hätten Monopolisten und Wettbewerber die gleiche Zielsetzung. [3]
b. Ein zielqualifiziertes Streben (aa) oder Handeln (bb) lasse keine sichere Beurteilung zu, wann der Wettbewerb durch Vertrag bzw. Beschluß beschränkt werde:

---

1) Knöpfle, Zum... a.a.O., S. 165, Fußnote 13.
2) Sie werden mehr oder weniger sporadisch in beiden Abschnitten beschrieben.
3) "Dieses Ziel kann und muß bei jedem... vorausgesetzt werden und bedarf in der Wettbewerbsdefinition keiner besonderen Erwähnung..." Knöpfle, Zum... a.a.O., S. 165.

aa. Kartelle, bei denen letzteres zweifellos der Fall sei, [1] änderten regelmäßig nichts am Gewinnstreben der Unternehmer und manchmal auch nichts an ihrem Streben nach Geschäftsabschlüssen. [2]

bb. Entsprechendes gelte für das Handeln der Unternehmen: Es könne, müsse aber nicht durch die Wettbewerbsbeschränkung verändert werden, da sich ja z.B. die Unternehmen verpflichten könnten, ihre bisherigen Preise beizubehalten. [3]

2. Die Wettbewerbsdefinition muß eine präzise Beschreibung der Wettbewerbslage enthalten

Begründung:

§1 wolle eine Situation schützen,

> "in der es sich zum Wohle der Allgemeinheit auswirkt, wenn jeder Unternehmer seinen wirtschaftlichen Vorteil sucht." [4]

---

1) Knöpfle impliziert hier offenbar, daß es Sachverhalte gibt, die - trotz verschiedener Kartellbegriffe - übereinstimmend als Kartelle angesprochen werden. Auf sie greift er in diesem Zusammenhang zurück, um Schlüsse zu ziehen.

2) Die in einer Fußnote hierzu von Knöpfle (ebenda, S. 165, Fußnote 13) aufgestellte These: "Wird der Wettbewerb auf einem Sektor beschränkt, so können besondere Umstände dazu führen, daß 'der Wettbewerb insgesamt... faktisch sogar an Intensität gewinnt'", folgt einer von Müller-Henneberg in der 1. Aufl. des Gem.K. (§1, Anm. 25) unter der Überschrift "Rule of Reason" vertretenen Ansicht. Die These impliziert offenbar auch den dazugehörigen Wettbewerbsbegriff, der hinsichtlich der Wettbewerbsintensität auf den Einsatz von Wettbewerbsmittel (Aktionsparameter) abstellt.

3) Ebenda, S. 165. Das Argument, daß ohne das Kartell das künftige Handeln des einzelnen Anbieters bez. seiner Preisgestaltung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anders wäre als bei der vom Kartell überwachten Beibehaltung des bisherigen Preises, übersieht er.

4) Ebenda, S. 166: Vorgriff auf die Zielsetzung, die unten noch genauer erläutert wird.

Das erfordert nach Knöpfle offenbar, zunächst die Ausgangssituation (Wettbewerbslage) und die durch Verträge oder Beschlüsse bei ihr eintretenden Veränderungen zu erfassen. [1]

3. Den Kern der Wettbewerbsdefinition muß ein Merkmal bilden, bei dem es ein "Mehr oder Weniger" gibt

Begründung:

Bei der Anwendung des §1 sei gewöhnlich nicht zu beurteilen, ob eine Vereinbarung den Wettbewerb beseitige, sondern ob sie ihn beschränke, so daß trotz der Abrede noch ein - wenn auch beschränkter - Wettbewerb bestehe. Die Feststellung eines beschränkten, aber noch bestehenden Wettbewerbs könne nur zuverlässig getroffen werden, wenn ein quantitativ bewegliches Merkmal den Kern der Wettbewerbsdefinition bilde. [2] Eine Wettbewerbsdefinition, die diesen Anforderungen entspricht, kann nach Ansicht Knöpfles nur im Wege einer teleologischen Auslegung gefunden werden.

b. Zum Ziel des §1

Für seine Gedanken zum Ziel des §1 orientiert er sich hauptsächlich an Benisch, denn - so Knöpfle:

> "Wortlaut, Sinnzusammenhang und Gesetzesmaterialien sprechen, wie Benisch überzeugend dartut... für eine gesamtwirtschaftliche Konzeption des Gesetzes." [3]

---

1) Es sei hier bemerkt, daß sich Knöpfle von dieser Anforderung später distanzierte.
"Meine Bemerkung in dem... früheren Beitrag, für die Anwendung des §1 GWB komme es auf die Wettbewerbslage, auf die Situation an, in der die Unternehmen wirtschaften, war... zu einseitig." Knöpfle, Der... a.a.O., S. 225.

Begründung: Die Merkmale des von ihm entwickelten Wettbewerbsbegriffes könnten "kaum mehr als 'Lage' oder 'Situation' bezeichnet werden." Ebenda, S. 225.

2) Knöpfle, Zum... a.a.O., S. 166.

3) Ebenda, S. 167.

Benisch, der sich an der von Knöpfle angegebenen Stelle unter dem Titel "Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit" [1] mit den Anhängern einer "abstrakt rechtlichen Bestimmung des Schutzgegenstandes in Gestalt der individuellen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit" [2] auseinandersetzt, die seiner Meinung nach diese Ansicht vertreten, um dem GWB eine größere Unabhängigkeit von den unter Umständen wechselnden wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen zu geben, kommt nach Untersuchung eines umfangreichen Schrifttums zu dem für Knöpfle relevanten Ergebnis:

> "Die Zielsetzung des GWB ist nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Materialien wirtschaftlicher Natur: Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft und als Steuerungsmittel für den Wirtschaftsablauf..." Und:
>
> "Die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit ist nicht Schutzgegenstand des Gesetzes, sondern das Mittel, den Wettbewerb als Institution zum Nutzen der Gesamtwirtschaft wirksam werden zu lassen." 3)

Knöpfle folgt diesen Ergebnissen Benischs auf zweierlei Weise:

1. Im Hinblick auf den Wettbewerb als Institution meint er, das Kartellverbot des §1 werde durch eine Zielsetzung vollauf gerechtfertigt:

> "...im Interesse einer optimalen Versorgung der Allgemeinheit mit wirtschaftlichen Gütern soll der Wettbewerb geschützt werden." 4)

Da ihm diese im gesamtwirtschaftlichen Bereich liegende Zielsetzung offenbar zu verschwommen erscheint, um als praktikabler Maßstab zur Bestimmung der für den Wettbewerb typischen Elemente aus den zahlreichen Erscheinungen eines realen Marktes zu dienen, verknüpft er vereinfachend das "Allgemeinwohl" mit dem "Vorteil des Einzelnen".

---

1) In: WuW 1961, 764.
2) Ebenda, S. 764.
3) Ebenda, S. 777.
4) Ebenda, S. 167.

Er unterstellt die

> "schlichte Feststellung, das GWB wolle dem einzelnen die Vorteile erhalten, die ihm der Wettbewerb auf der Marktgegenseite bringt." [1]

Diese Formel beschreibt alles, woran er seinen Wettbewerb zielmäßig zu orientieren beabsichtigt. Seine Meinung: Zwar werde im Schrifttum manchmal auf höhere Werte zurückgegriffen, die erhabener erscheinen als nüchterne ökonomische Überlegungen. [2] Für die Auslegung des Gesetzes sei jedoch nichts gewonnen, wenn man die genannte "schlichte Feststellung" in verschiedene Richtungen fortentwickele und auf ihrer Grundlage ein theoretisches Gebäude errichte, das die Brücke zu Gütern und Werten schlägt, denen der Schutz individueller wirtschaftlicher Belange in zweiter und dritter Stufe dienen mag. Denn bei der Lösung einer konkreten Rechtsfrage müßte man dann von diesen Gütern und Werten ausgehend den Weg zurück beschreiten: man müßte bestimmen, ob und inwiefern das jeweils höhere Gut geschützt wird. Zu diesem Zweck müßte auch wieder auf die "schlichte Feststellung" zurückgegriffen werden, denn sie bilde die alleinige Brücke zu dem der gesamtwirtschaftlichen Konzeption des Gesetzes entsprechenden Wettbewerb. [3]

2. Im Hinblick auf die Freiheit

enthält schon sein Aufsatz implizit einen Gedanken, der erst in seinem Buch in voller Deutlichkeit zutage tritt: Das Ordnungssystem der Marktwirtschaft habe zwar ein hohes Maß an individueller Freiheit zur Voraussetzung, [4] die Erhaltung dieser Freiheit sei aber bei §1 höchstens Mittel zum Zweck und nicht Ziel des Gesetzes. [5]

---

1) Ebenda, S. 169.
2) Ebenda, S. 167.
3) Ebenda, S. 169.
4) Knöpfle, Zum... a.a.O., S. 167.
5) Knöpfle, Der... a.a.O., S. 155.

Knöpfle, der damit einerseits die grundsätzliche Bedeutung der individuellen Freiheit für das Marktgeschehen anerkennt, hält andererseits die Freiheit für ungeeignet, um zu bezeichnen, wann Wettbewerb zwischen Unternehmen herrscht, denn:

a. Die Freiheit der einzelwirtschaftlichen Entscheidung tauge nicht zum wesentlichen Kennzeichen des Wettbewerbs: auch der Monopolist handele frei. [1]

b. Freiheits- und Wettbewerbsbeschränkungen seien verschiedene Dinge. Sie verhielten sich wie zwei sich schneidende Kreise. [2] Das ergebe sich schon aus den folgenden beiden Beobachtungen:

aa. In der "Wirklichkeit" verlange ein auf die Belange der Allgemeinheit ausgerichteter Wettbewerb ein gewisses Maß an Freiheit und Freiheitsbeschränkungen, die ihn in "geordnete Bahnen lenken". Es sei deshalb verfehlt, die Freiheitsbeschränkung zum alleinigen Merkmal der Wettbewerbsbewchränkung zu machen. [3]

bb. Andererseits könne der Wettbewerb - z.B. durch ein übereinstimmendes Verhalten der Unternehmen - beschränkt werden, ohne daß die Freiheit der Konkurrenten eine Einschränkung erfahre. [4]

c. Von der Zielsetzung zum Wettbewerbsbegriff

Die Gedankenkette, die Knöpfle benützt, um von der Zielsetzung zur Formulierung des Wettbewerbsbegriffes zu kommen, läßt sich in sechs Schritten verfolgen:

---

1) Ebenda, S. 170.
2) Ebenda, S. 171.
3) Ebenda, S. 170.
4) Ebenda, S. 171. Dieses Argument ist einseitig, denn es beachtet nur einen Aspekt der Freiheit: die äußere Freiheit der Konkurrenten - repräsentiert durch rechtliches Dürfen. Es läßt die Möglichkeit einer Beschränkung der inneren Freiheit - der Freiheit zur Entscheidung - außer Betracht.

1. Der erste Schritt umfaßt den Aufbau der Zielprämissen: Den an der allgemeinen Zielsetzung haftenden Aufhänger bildet die oben dargestellte "schlichte Feststellung". Den in ihr enthaltenen Gedanken der Vorteilhaftigkeit benützt er als Angelpunkt zur Herausarbeitung der Wettbewerbsmerkmale.

2. Es folgt die Untersuchung von "Vorteilhaftigkeit" begründenden Elementen im Modell der "vollständigen Konkurrenz". Seine Schlußthese hierzu: In dem Modell sei die Bildung des Marktpreises und die Bindung der Beteiligten an diesen darauf zurückzuführen, daß die Anbieter und Nachfrager unter ihren Marktpartnern ohne Beschränkung wählen könnten und von dieser Wahlmöglichkeit in zweckrationaler Weise - also in Bezug auf Vorteilhaftigkeit - Gebrauch machten. [1)]

3. Da es Knöpfle auf möglichst große Realitätsnähe ankommt, bricht er die am "idealtypischen Modell" begonnene Untersuchung zugunsten eines realtypischen ab, wobei er die gewonnenen Erkenntnisse für die "Wirklichkeit der Wirtschaft" verallgemeinert:

> "Auch hier ist es die Wahl- oder Ausweichmöglichkeit der Marktpartner, die das einzelne Unternehmen zwingt, in Preiswürdigkeit, Qualität, Lieferbedingungen und unter Umständen auch Service und Werbung mit den Konkurrenten 'mitzuhalten'." [2)]

4. Er fragt nun nach den Wirkungen der Wahlmöglichkeiten auf einem realen Markt und stellt fest:

a. Sie setzen dem Spielraum der Unternehmen Grenzen (wohl hauptsächlich Obergrenzen im Hinblick auf die Benachteiligung der Marktpartner); es bestehen "Erfordernisse" [3)], die erfüllt werden müssen, sonst scheidet das Unternehmen schließlich aus dem Produktions- oder Verteilungsprozeß aus. Durch die Erfordernisse steht

---

1) Ebenda, S. 171.
2) Ebenda, S. 171.
3) "... dieser Ausdruck umfaßt die Notwendigkeit eines positiven Handelns wie auch der Einhaltung bestehender Beschränkungen." Ebenda, S. 172.

das Unternehmen unter "Wettbewerbsdruck". [1]

b. Sie bieten die Möglichkeit, durch überlegene Leistungen Kunden der Konkurrenten zu gewinnen und dadurch den eigenen Marktanteil zu vergrößern. Aus den Wahlmöglichkeiten der Käufer "erwächst" also eine Chance für den Anbieter. [2]

c. Die Chance des Anbieters bedeutet aber andererseits eine Bedrohung, eine Gefahr für seine Konkurrenten. [3] Die Gefahr für den Unternehmer besteht darin, daß ihn die Konkurrenten übertreffen oder ihren Vorsprung noch vergrößern. [4]

5. "Vorteilhaftigkeit" erfordert "Wahlmöglichkeiten", "Wahlmöglichkeiten" begründen "Erfordernisse", "Gefahren" und Chancen, die ihrerseits "Vorteilhaftigkeit" bewirken. Knöpfle steht nun vor der Frage, aus welchen Gliedern dieser Kette er seinen Wettbewerbsbegriff aufbauen soll. Er glaubt hierzu nur eine Alternative zwischen Wahlmöglichkeiten einerseits und Erfordernissen, Gefahren und Chancen andererseits zu besitzen.

Als Entscheidungshilfe benutzt er hierzu ebenfalls "Normalvorstellungen" [5] von Wettbewerbsbeschränkungen.

---

1) Ebenda, S. 171.
Anmerkung: Was "Erfordernisse" sind, wird in Knöpfles Aufsatz nicht deutlicher gesagt. Feststehen dürfte, daß "Erfordernisse" - im Gegensatz zu den unten folgenden Chancen und Risiken - stets gegenwartsbezogenes notwendiges Verhalten betreffen.

2) Ebenda, S. 171.

3) Ebenda, S. 171.

4)
a. Ebenda, S. 173; daß sie ihn einholen, reicht offenbar nicht.
b. "Die genannte Gefahr bedeutet also nichts anderes als das Risiko einer (für den Unternehmer) nachteiligen Veränderung dieser Erfordernisse. Man könnte nun auf eine besondere Erwähnung der Gefahren verzichten und den Terminus Erfordernis dahin präzisieren, daß er auch die möglichen künftigen Erfordernisse umfaßt. Der Klarheit halber sollen die - künftigen - Gefahren aber doch selbständig neben den - gegenwärtigen - Erfordernissen genannt werden."
Ebenda, S. 173.

Seine entscheidende These lautet:

> "Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht gerade in einer Marktaufteilung bestehen, lassen die Wahlmöglichkeiten der Marktpartner... unberührt." 6)

Sein Schluß: Eine zutreffende Wettbewerbsdefinition könne daher nicht bei der Wahlmöglichkeit der Marktpartner stehenbleiben. Da sich andererseits auf jeden Fall eines der Vorteilhaftigkeit bewirkenden Elemente (Erfordernisse, Gefahren, Chancen) in einigen von ihm angeführten Beispielen "normaler" Wettbewerbsbeschränkungen als seiner Wirkung beraubt erweist, hält er es als vertretbar, diese Elemente zum Kern der Definition des Wettbewerbs in §1 zu machen. Denn, so Knöpfle:

> "Was durch eine solche ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, sind... gerade die marktwirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen." 7)

6. So formuliert Knöpfle schließlich für §1:

> "Unter Wettbewerb sind mithin zu verstehen die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können." 8)

Die Wettbewerbsbeschränkung, die er inhaltlich im Laufe der Ableitung schon vor der Beschreibung des Wettbewerbs behandelt hat, formuliert er anschließend wie oben (vgl. S. 145) dargestellt. Ihr Kennzeichen: Die teilweise oder totale Negation der Wettbewerbsmerkmale.

---

5) Von uns für den auf S. 147, Fußnote 1, angegebenen Sachverhalt gewählter Arbeitstitel.

6) Ebenda, S. 172. Zu dieser These ist zu bemerken, daß Knöpfle hier nur auf die zum Zeitpunkt des Eintretens der Wettbewerbsbeschränkung bestehenden Wahlmöglichkeiten abstellt.

7) Ebenda, S. 174.

8) Ebenda, S. 174.

II. In seinem Buch

argumentiert Knöpfle - unter Beibehaltung der dargestellten 1. und 3. Hauptanforderung - wie folgt:

a. Zur Zielsetzung

Gemäß seiner Ansicht, zur Auslegung des Wettbewerbsbegriffes bleibe nur der Weg einer teleologischen Interpretation [1], beginnt er seine Ausführungen mit einem Herausarbeiten der Ziele des §1. Er kommt zu einer viergliedrigen Mittel - "Ziel" - Kette. Das dritte Glied dieser Kette wird für ihn zum Ansatzpunkt weiterer Überlegungen.

1. Die Mittel-Ziel-Kette

enthält folgende Glieder in nachstehender Verknüpfung:

1. Unmittelbares Ziel des §1 ist, Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen, dazu ist der § Mittel.

Knöpfles Begründung: Den Einsatzpunkt der Überlegungen habe der Wortlaut des §1 zu bilden. Aus ihm ergebe sich, daß §1 zunächst einmal bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen unterbinden wolle. [2]

2. Die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen ist Mittel zum Schutz des Wettbewerbs.

Begründung: Das sei die einzig sinnvolle und logisch zwingende Antwort auf die Frage, warum Wettbewerbsbeschränkungen bekämpft werden sollten. [3]

3. Der Schutz des Wettbewerbs ist Mittel, um die günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen des Wettbewerbs zu sichern.

Begründung: Da ein Schutz des Wettbewerbs um seiner selbst willen nicht in Frage komme, sollten durch einen Wettbewerbsschutz die Auswirkungen der Konkurrenz erhalten und herbeigeführt werden.

---

1) Knöpfle, Der... a.a.O, S. 150, man vgl. auch S. 138 ff.

2) Ebenda, S. 151.

3) Ebenda, S. 151, 152.

Insbesondere werde dem Wettbewerb als Auswirkung ein rationeller Einsatz produktiver Kräfte und eine günstige Versorgung der Allgemeinheit mit Gütern und Leistungen zugeschrieben. [1]

4. Die Sicherung der günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen des Wettbewerbs ist selbst wieder Mittel, um eine günstige Bedarfsdeckung der Allgemeinheit und des Einzelnen zu erreichen.

Begründung: Die Konkurrenz sei eine wirtschaftliche Erscheinung. Die Aufgabe der Wirtschaft bestehe aber in der Bedarfsdeckung, und zwar in der Deckung des Bedarfs der Allgemeinheit wie des Einzelnen. [2] Sein offenbar implizierter Schluß: Also muß auch die Konkurrenz der Bedarfsdeckung dienen. [3]

2. Das unmittelbare Ziel des Wettbewerbs

Im letzten Punkt taucht mit der Frage "Schutz der Bedarfsdeckung der Allgmeinheit und/oder des Einzelnen?" ein Problem auf, das Knöpfle gern ausgeklammert hätte: Das Problem, ob Aufgabe und Ziel des §1 in einem Schutz der marktwirtschaftlichen Ordnung gegen Beschränkungen des Wettbewerbs liegt ("sozialrechtliche Auffassung") [4] oder ob §1 den Schutz des einzelnen Marktbeteiligten bezweckt ("individualrechtliche Auffassung"). [5]

---

1) Ebenda, S. 152.

2) Knöpfle ist der Meinung, daß sich beide Arten des Bedarfs nicht gegensätzlich zueinander verhalten. Sie seien vielmehr verschiedene Aspekte ein und desselben Ergebnisses, denn das ökonomische Gesamtinteresse falle "normalerweise" mit der Mehrzahl der individuellen Interessen der einzelnen Nachfrager zusammen. Vgl. ebenda, S. 152.

3) Ebenda, S. 152.

4) Knöpfle bedient sich hier einer Terminologie, die sich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum UWG herausgebildet hat. Man vgl. dazu z.B. Sauter, H., Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diss. Mainz 1964, S. 55 →

Um dieses Problem völlig für die weitere Untersuchung zu eliminieren, trennt er sich vom vierten Glied der Kette. Er argumentiert dabei sinngemäß wie folgt:
Eine Interpretation des §1 habe sich zunächst auf das von der Norm primär verfolgte Ziel zu stützen. Auf die logisch und praktisch nachgeordneten Ziele sei nur insoweit zurückzugreifen, als es zur Präzisierung des jeweils vorgeordneten Zieles erforderlich sei. In jedem Fall wäre es verfehlt, bei der Auslegung das unmittelbar nachgeordnete Glied zu überspringen und sie am mittelbar folgenden zu orientieren. Das ergebe sich schon aus der Tatsache, daß die mittelbar folgenden Ziele gewöhnlich auf verschiedenen Wegen verfolgt werden könnten. Erst die vorgeordneten Ziele zeigten den Weg, den das Gesetz gewählt habe.
Da für eine "hinreichend scharfe Erfassung" der günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen nichts mit der Annahme gewonnen sei, daß diese Auswirkungen im Interesse der einzelnen Marktpartner oder der Gesamtwirtschaft erhalten werden sollen, möchte sich Knöpfle für die Weiterarbeit nur an dem dritten Kettenglied, das für den Wettbewerb primär ist, orientieren. [6]

Der Grund: Er lehnt es ab, das Ziel des GWB in einem Schutz des Wettbewerbs als "Institution" zu sehen:
"Er ergibt sich von selbst, wenn die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet ist - dies ist die wesentliche institutionelle Voraussetzung des Wettbewerbs - und mehrere Beteiligte auf einer Marktseite stehen. Die zweite Voraussetzung wird nicht etwa vom Staat geschaffen; ob sie eintritt, bleibt der freien Entwicklung der Wirtschaft überlassen.
Der bestehende Wettbewerb wird gegen gewisse - keineswegs alle - Beschränkungen geschützt, aber dadurch und durch andere wettbewerbsfreundliche Maßnahmen wird der Wettbewerb nicht zur Institution. Im übrigen entspricht die Bezeichnung des Wettbewerbs als solche nicht der verbreiteten Auffassung, nach welcher der Wettbewerb in einem Streben liegt, denn schwerlich kann von der Institution eines Strebens gesprochen werden." Knöpfle, Der... a.a.O., S. 151, Fußnote 19.

5) Knöpfle, Der... a.a.O., S. 150/151.

6) Ebenda, S. 153/154.

Es gelte

> "den Wettbewerb seiner günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen wegen zu erhalten." 1)

b. Von der Zielsetzung zum Wettbewerbsbegriff

Ausgehend von dieser Zielsetzung stellt er sich die Aufgabe, eine Wettbewerbsdefinition zu finden, die auf die den ökonomischen Nutzen des Wettbewerbs begründenden Wirkungsfaktoren abstellt. 2)
Die dabei auftretenden ökonomischen und juristischen Fragen behandelt er überwiegend getrennt in zwei verschiedenen Abschnitten. Hier sind die Gedanken enthalten, zwischen denen er ersichtlich die Lösung auswiegt.

1. Herausarbeitung der Wirkungsfaktoren

Zunächst kommt es Knöpfle darauf an, vermutliche Wirkungsfaktoren aus der "Wirklichkeit des Wirtschaftslebens" zu destillieren. Zu diesem Zweck baut er Modelle, die er der "Wirklichkeit des Wirtschaftslebens" entnimmt und nur

> "in wenigen, für das Ergebnis unwesentlichen Punkten vereinfacht." 3)

Unter der Hauptprämisse: Jeder Marktteilnehmer erstrebt seinen wirtschaftlichen Vorteil,

a. der Anbieter in Form langfrister Gewinnmaximierung,
b. der Nachfrager in Form möglichst günstiger Einkaufsmöglichkeiten,

untersucht er für den Anbieterwettbewerb das Verhalten der Marktteilnehmer bei verschiedener Angebotsstruktur. Dabei kommt er zu folgenden Erkenntnissen:

---

1)
a. Ebenda, S. 157.
b. Die Berücksichtigung von "Nebenzielen" (z.B. dem Schutz der Kartellaußenseiter) lehnt Knöpfle an gleicher Stelle ab:
"Eine Berücksichtigung solcher 'am Rande mitschwingender' Zielsetzungen würde bei der teleologischen Ermittlung des Wettbewerbsbegriffes des §1 GWB nur verwirren."

2) Ebenda, S. 215.

3) Ebenda, S. 203.

1. Die Marktpartner eines Monopolisten stehen vor der Alternative, mit diesem zu kontrahieren oder auf die betreffenden Güter oder Leistungen zu verzichten. [1] Der Monopolist hat einen großen Handlungsspielraum, Durch dessen weite Grenzen ist er geringen Erfordernissen hinsichtlich seiner Leistung ausgesetzt.

2. Wenden sich mehrere Unternehmen mit ihrem Angebot an denselben Kreis von Abnehmern, so haben diese die Wahl. Daraus ergeben sich für den einzelnen Anbieter Beschränkungen, denn will er zum Zuge kommen, darf er, was Preiswürdigkeit, Qualität und sonstige für den Kaufentschluß maßgebende Faktoren angeht, hinter den anderen Verkäufern nicht weiter zurückbleiben, als es etwaige für ihn bei den Käufern bestehende Präferenzen erlauben. [2]

3. Hier gelte die Regel: Je geringer auf einem Markt die Präferenzen, desto umfangreicher bestimmen die Leistungen die Grenzen des Anbieter-Handlungsspielraums. [3]

4. Aus diesen Beschränkungen ergäben sich gleichzeitig Erfordernisse, denn der Anbieter müsse hinsichtlich der Qualität, Ausstattung, der Fortschrittlichkeit seiner Erzeugnisse, den Nebenleistungen, wie z.B. dem Service, sowie auf dem Gebiet der Werbung mit den übrigen Anbietern mithalten. Genügt er diesen Erfordernissen nicht, tritt ein Rückgang des Absatzes ein. [4]

5. Wie in seinem Aufsatz, leitet er nun aus den Wahlmöglichkeiten Chancen und Risiken (Gefahren) ab (vgl. o.S. 153).

6. Die vermutlichen Wirkungsfaktoren liegen für ihn in den Erfordernissen, Chancen und Risiken. [5]

---

1) Ebenda, S. 205.
2) Ebenda, S. 205.
3) Ebenda, S. 204.
4) Ebenda, S. 206.
5) Die "Wahlmöglichkeiten" stehen in diesem Zusammenhang für ihn nicht mehr zur Diskussion. Offenbar aus dem oben (vgl. S. 154 dieser Arbeit) angegebenen Grund.

Damit die vermutlichen Wirkungsfaktoren als Wirkungsfaktoren angesprochen werden können, müssen sie - gemäß den Vorstellungen über die Zielsetzung - in der Lage sein, ökonomischen Nutzen zu stiften.
Dazu sind - so Knöpfle - die Erfordernisse in der Lage, denn:

1. Sie verbieten dem Einzelnen eine schlechte Leistung zu erbringen und
2. den Preis zu hoch zu schrauben: [1] Er kann sich daher nicht so weit vom "gesamtwirtschaftlich optimalen Preis" [2] entfernen wie der Monopolist. Die Erfordernisse wirken somit überhöhten Preisen entgegen, die
   a. der Volkswirtschaft schaden,
   b. einer gerechten Aufteilung der produzierten Güter zwischen Erzeugern und Verbraucher, sowie
   c. allgemein einer sozialen Verteilung des Volkseinkommens zuwiderlaufen. [3]
3. Insbesondere auf lange Sicht führen die Erfordernisse dazu, daß jedes Unternehmen hinsichtlich der Art, Gestaltung und Qualität seiner Erzeugnisse mit dem technischen Fortschritt, aber auch mit dem Wandel der Verbraucherwünsche Schritt halten muß. Betriebe, die dazu nicht in der Lage sind, bieten keine marktgerechten Leistungen. Sie scheiden aus dem Leistungsprozeß aus. [4]
4. Durch den dauernd wirksamen Zwang zur Leistung wird die Erzeugung laufend annäherungsweise nach den Bedürfnissen der Verbraucher ausgerichtet und auf einen relativ rationalen Stand gehalten. [5]

Sein Schluß:

> "All dies nützt selbstverständlich der Gesamtwirtschaft." [5]

---

1) Ebenda, S. 208.
2) Knöpfle hält ihn in der Praxis nur für "schwer zu bestimmen". Ebenda, S. 208, Fußnote 180.
3) Ebenda, S. 208.
4) Ebenda, S. 209.
5) Ebenda, S. 209.

Zu solchem Nutzen seien aber auch die Chancen und Risiken in der Lage, denn

Die Chance ist 1. in hohem Maße geeignet, Initiative und Energien der Unternehmen zu wecken und 2. die Entfaltung ihrer lebendigen, schöpferischen Kräfte zu fördern. 3. Sie erlaubt es dem Tüchtigen, auf dem Markte Fuß zu fassen, 4. sich durchzusetzen und 5. einen der eigenen Leistung entsprechenden Marktanteil zu gewinnen. 6. Als Folge der Chance hat die Erzeugung die Tendenz, sich bei den leistungsfähigsten Unternehmen zu konzentrieren. [1)]

Das Risiko zwingt 1. die Unternehmen, die gegenwärtig aus der Alternative der Marktpartner resultierenden Erfordernisse zu berücksichtigen, 2. der Möglichkeit einer künftigen Verschärfung der Erfordernisse Rechnung zu tragen, d.h. um die Erhöhung der künftigen Leistungsfähigkeit bemüht zu sein. [2)]

Sein Schluß lautet:

> "Die erwähnten Chancen und Risiken wirken sich mithin... auf die Volkswirtschaft günstig aus." [3)]

Damit stehen für ihn die Wirkungsfaktoren fest:

> "Die Vorteile, die der Gesamtwirtschaft aus dem Nebeneinander von Wirtschaftern auf einer Marktseite erwachsen, sind... in den der Wahl- oder Ausweichmöglichkeit der Marktpartner entspringenden Erfordernissen, Risiken und Chancen... begründet. [4)]

2. Von den Wirkungsfaktoren zum Wettbewerbsbegriff

An einen für die Auslegung des §1 tauglichen Rechtsbegriff "Wettbewerb" stellt Knöpfle zwei Hauptanforderungen:

1. Er muß darauf "abgestimmt" sein, daß der Rechtssatz wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verbietet und

---

1) Ebenda, S. 210.
2) Ebenda, S. 210.
3) Ebenda, S. 210.
4) Ebenda, S. 212.

2. er muß mit "den Zielen" des GWB kongruent sein. [1]

Diesen Anforderungen glaubt er dadurch genügen zu können, daß er

a. im Hinblick auf die 1. Anforderung Sachverhalte - offenbar allgmein anerkannte Kartellvereinbarungen - auf
b. die 2. Anforderung - deren Einwirken auf die Wirkungsfaktoren und die sich daraus für den gesamtwirtschaftlichen Nutzen ergebende Konsequenzen - überprüft. [2]

Folgender Gedanke leitet Knöpfle dabei. Sofern es sich zeigt, daß die Angriffspunkte, gegen die sich Kartelle "gewöhnlich" richten, identisch sind mit den oben isolierten Wirkungsfaktoren, bestehe die Möglichkeit, den Wettbewerb in diesen Wirkungsfaktoren selbst zu sehen. [3] Ein Kernstück des §1 ist die rechtlich verbindlich konzipierte Verpflichtung. Kartelle des §1 sind rechtsunwirksam. Sie können aber im Rahmen einer Ausnahmevorschrift Rechtswirksamkeit erlangen. Dieser Alternative entsprechend unterteilt Knöpfle die von ihm zur Untersuchung herangezogenen Kartellvereinbarungen in zwei Gruppen:

In Kartelle, bei denen die relevante Vereinbarung rechtswirksam geworden ist und in Kartelle, bei denen die Rechtswirksamkeit fehlt, die aber von den Beteiligten trotzdem praktiziert werden.

Getrennt nach Gruppe untersucht er, ob und inwiefern die Kartelle die Wirkungsfaktoren beeinflussen. Führt ein Kartell zu einem Ausschluß oder einer Beschränkung eines Wirkungsfaktors, so nimmt er - wohl in Hinblick auf seine vorhergehende Abhandlung des Zusammenhanges zwischen Wirkungsfaktoren und ökonomischen Nutzen - in jedem Fall einen nachteiligen Einfluß auf den gesamtwirtschaftlichen Nutzen als erwiesen an. Kurz gefaßt lauten seine in diesem Zusammenhang vorgetragenen Gedanken:

---

1) Ebenda, S. 215.
2) Ebenda, S. 215.
3) Ebenda, S. 219.

Wird von einem Anbieter ein bestimmtes Verhalten[1] rechtlich verbindlich konzipiert, so können sich die Konkurrenten - sofern Rechtswirksamkeit eintritt - auf dem von der Vereinbarung umfaßten Gebiet nicht mehr "überflügeln"[2]. Sie sind in ihrer Aktionsfreiheit rechtlich gebunden. Diese Tatsache wirkt sich vor allem auf zwei Dinge aus:

1. Auf das Verhältnis der bisherigen Konkurrenten zueinander: Hier werden die Gefahren ausgeschaltet oder gemindert, die von dem einen auf den anderen ausgehen. Der Einzelne muß diesen Vorteil allerdings durch einen Verzicht auf eigene Initiative erkaufen. Im Umfang seiner Selbstbindung verzichtet er gleichzeitig auf die Chancen.

---

1) Es muß ein Verhalten sein, das
a. in den wettbewerbsrelevanten Bereich unternehmerischer Disposition fällt und
b. dessen rechtlich konzipierte Bindung aus anderem Grunde nicht unbeachtlich ist.
Vgl. ebenda, S. 216.

Zu a.: In diesen Bereich fällt grundsätzlich jedes Verhalten, das die Erfordernisse, Risiken und Chancen "berührt". Man vgl. ebenda, S. 216.

Zu b.: Knöpfles These hierzu: Der Wettbewerb wird nur durch solche Bindungen eingeschränkt, bei denen sich "die Marktbeteiligten wirklich gewisser Chancen begeben, die sich aus der Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben."
Ebenda, S. 231.

Seine Beispiele für Bindungen, die keine wettbewerbsbeschränkungen - weil offenbar keine Vergabe von Chancen - sind:
Anbieter einigen sich
a. eine bestimmte Mindestmenge zu produzieren,
b. Produktion und Absatz zu steigern,
c. bedürftige Personen zu besonders günstigen Preisen zu beliefern,
d. die Preise zu senken, um bestimmte Konkurrenten wirksam zu bekämpfen,
e. Erhöhungen der Faktorpreise durch geringere Verdienstspannen aufzufangen.
Vgl. ebenda, S. 231/232.

2) Ebenda, S. 215.

2. Auf das Verhältnis der Kartellmitglieder zu ihren Marktpartnern: Der Umstand, daß die Kunden eines Anbieters, dessen Angebot ungünstiger ist als das der Konkurrenten, auf diese ausweichen und damit Erfordernisse begründen, findet - so Knöpfle - einerseits in der Marktstruktur (auf der Angebotsseite stehen mehrere Beteiligte) und andererseits in der zweckrationalen Einstellung der Käufer seinen Grund. An letzterer könnten die Anbieter durch ein Kartell nichts ändern, doch stehe es in ihrer Macht, dem Markt eine andere Struktur zu geben. [1] Hinsichtlich der gemeinsamen Manipulation der Marktstruktur durch alle Anbieter [2] unterscheidet Knöpfle drei Fallgruppen, die sich durch abweichende Ergebnisse bezüglich ihrer Einwirkungen auf die Erfordernisse auszeichnen:

1. Bildung eines Syndikates: Hier entfällt notwendig jede Wahlmöglichkeit der Käufer unter verschiedenen Käufern (Ausschluß der formellen Wahlmöglichkeit). [3] Damit entfallen auch die auf dieser Wahlmöglichkeit gründenden Erfordernisse.

2. Aufteilung des Marktes in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht: Hier wird die formelle Wahlmöglichkeit beseitigt oder eingeschränkt - ebenso die aus ihr resultierenden Erfordernisse.

---

[1] Ebenda, S. 216.

[2] Für alle Fälle, in denen neben dem Kartell Außenseiter am Markt sind, meint Knöpfle zur Wirksamkeit der Manipulationen in Bezug auf die Minderung der Erfordernisse: "Allgemein kann gesagt werden, daß sich die Marktstellung der Gruppe ungefähr in dem Maße von der eines (vollständigen) Monopols entfernt und dem Gegenpol, nämlich der Position eines in vollständiger Konkurrenz mit anderen Wirtschaftern stehenden Marktbeteiligten, annähert, in dem der Marktanteil der Außenseiter wächst. Je weiter diese Annäherung fortschreitet, umso mehr verengt sich der Handlungsspielraum des Kartells... weil in gleichem Maße die Wahlmöglichkeit der Marktpartner ins Gewicht fällt". Ebenda, S. 218.

3. Festlegung von Mindestpreisen. Zu diesem Punkt werden Knöpfles Ausführungen undurchsichtig; offenbar deshalb, weil er hier, ohne klar zu trennen, einmal von Erfordernissen spricht, wie sie für ein Kollektivmonopol als Einheit nach außen hin bestehen [4], zum anderen von Erfordernissen, denen der einzelne Kartellanbieter gegenübersteht. [5]
Mit Sicherheit ist nur folgendes zu erkennen: Wird ein Mindestpreis von allen Anbietern festgesetzt, so ist der einzelne Anbieter in der Regel von dem Erfordernis befreit, zu einem niedrigeren als dem festgesetzten Preis anbieten zu müssen. [6] Daraus zieht Knöpfle das Resümee:

Die Angriffspunkte, gegen die sich die Kartelle gewöhnlich richten, sind identisch mit den Wirkungsfaktoren. Deshalb eröffne sich die Möglichkeit, den Wettbewerb im Hinblick auf §1 in diesen Wirkungsfaktoren selbst zu sehen.[7] Allerdings hat sich für Knöpfle noch etwas anderes ergeben. Jede rechtswirksame Verpflichtung, die zu einer Minderung der Erfordernisse führt, bringt immer auch eine Minderung der Chancen und Risiken mit sich. [8] Für Knöpfle stellt sich damit die Frage, ob er auf die Aufnahme der Erfordernisse in die Wettbewerbsdefinition unter dem Gesichtspunkt, Überflüssiges zu vermeiden, verzichten soll.

Es sei bemerkt, daß selbst "allgemein" in diesem Zusammenhang nicht allein der Marktanteil der Außenseiter ausschlaggebend ist, sondern u.a. z.B. auch ihre Anzahl und relative Größe.

3) Ebenda, S. 217.

4) "Soweit die Anbieter ihren Preis gemeinschaftlich festsetzen, haben sie nach außen die Stellung eines Monopolisten... Sie befreien sich damit von allen Schranken, die sich aus ihrer Vielheit und der daraus resultierenden Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben... Es entfallen also die Erfordernisse, die sich daraus ergeben, daß die Kunden zwischen den verschiedenen Anbietern wählen können." Ebenda, S. 217.

5) "Auf der Basis der neuen Verhaltensweise unterliegen die Anbieter... allerdings wieder diesen Erfordernissen: der einzelne kann beispielsweise nicht..." Ebenda, S. 217.

Er müßte darauf verzichten, wenn er kein Kartell fände, durch das nur die Erfordernisse, nicht aber die Chancen und Risiken beschränkt würden. Speziell um diese Frage zu beantworten, wendet er sich der zweiten Gruppe von Kartellen zu.
Als typisches Beispiel für ein derartiges Kartell dient Knöpfle hier ein Sachverhalt, der sowohl den §1 wie auch den §38 Abs. I Nr. 1 erfüllt [9]: Nach §38 Abs. I Nr. 1 begeht u.a. eine Ordnungswidrigkeit, wer sich darüber hinwegsetzt, daß ein Vertrag oder Beschluß nach §1 unwirksam ist. Ein innerer Zusammenhang beider Vorschriften besteht also dahingehend, daß eine nach §1 unwirksame Wettbewerbsbeschränkung notwendige Voraussetzung der Ordnungswidrigkeit ist. Daraus folgt, daß für den relevanten Teil des §38 Abs. I Nr. 1 derselbe Begriff der Wettbewerbsbeschränkung und des Wettbewerbs gelten muß, wie für §1 GWB. Eine Definition des Wettbewerbs für §1 ist deshalb nur brauchbar, wenn sie auch im §38 Abs. I Nr. 1 zu "richtigen" Ergebnissen führt. Da es sich bei einem Sachverhalt nach §38 Abs. I Nr. 1 stets um einen rechtlichen unwirksamen Vertrag handelt, fehlt es hier an einer rechtlichen wirksamen Verpflichtung der Vertragsbeteiligten zu einem bestimmten Verhalten.

Aus dieser Gegebenheit folgert Knöpfle: Sofern die nach §1 unwirksame Vereinbarung trotzdem von den Beteiligten praktiziert wird, werden nur die gegenwartsbezogenen Elemente, die Erfordernisse, herabgemindert oder ausgeschlossen.

---

6) Ebenda, S. 218.
7) Ebenda, S. 219.
8) Ebenda, S. 220.
9) Ebenda, S. 220/327 ff.

Solange keine rechtlich wirksame Verpflichtung für zukünftiges Verhalten besteht, bleiben für die Kartellbeteiligten dagegen Chancen und Risiken erhalten. Den Erfordernissen kommt somit neben Chancen und Risiken eine selbständige Bedeutung zu.
Damit ist Knöpfle am Ende seiner Untersuchung über Brauchbarkeit und Notwendigkeit der Wirkungsfaktoren.

3. Sein Ergebnis:

> "Soll eine Wettbewerbsdefinition sowohl dem Schutzzweck und der Konzeption des §1 GWB als auch dem spezifischen Inhalt der Kartellvereinbarungen und den mit ihnen verfolgten Zielen gerecht werden, so muß sie auf die Erfordernisse, Risiken und Chancen abstellen, die sich aus der Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben." 1)

In Anbetracht dessen formuliert er - unter Einschränkung der Wirkungsfaktoren durch das Adjektiv "wirtschaftlich" - seine Auffassung vom Wettbewerb und der Wettbewerbsbeschränkung des §1 - wobei er, wie oben schon angeführt (vgl. 145) zum selben Ergebnis kommt wie in seinem Aufsatz. Wobei, das sei hier ergänzend bemerkt, es ihm offenbar zwischen Vertrag bzw. Beschluß und BW auf eine Beziehung der Folgetheorie ankommt. 2)

III. Bemerkungen

a. Zur Arbeitsmethode Knöpfles

Hier sei - unter Verzicht auf Einzelheiten - ein besonderes Problem aufgezeigt: In beiden Arbeiten dient Knöpfle eine Leitvorstellung als besonders wichtige Orientierungshilfe: die - wie wir sie nannten - "Normalvorstellung" einer Wettbewerbsbeschränkung (vgl. die S. 147,153,154,158,162 u. Arbeit).

---

1) Ebenda, S. 221.

2) Die Wirkung des Vertrages wird nämlich von ihm betont: Indessen sind... auch Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit möglich, →

Da diese Normalvorstellung - von Knöpfle als gegeben unterstellt - gewissermaßen als "Rohprodukt" in den Gedankenprozeß eingegeben wird, an dessen Ende ebenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung steht, drängt sich der Verdacht auf, daß Knöpfle sich hier eines Zirkelschlusses bedient, um zum Ergebnis zu kommen. Knöpfle selbst hegt diesen Verdacht, setzt sich aber darüber hinweg.
Sein Argument: Da es hier nur darum gehe

> "das bisher gefundene wirtschaftliche Ergebnis an den großen Linien des §1 GWB zu messen, kann ohne Bedenken von einem in seinen groben Umrissen bereits feststehenden Kartellbegriff ausgegangen werden, wobei alle Zweifelsfragen offenbleiben mögen." 3)

Auf die Untersuchung der Spezialfrage, ob und inwieweit tatsächlich ein Zirkelschluß vorliegt, soll hier verzichtet werden.

b. Zur Praktikabilität der vorgeschlagenen Auslegung

Nach der Darstellung von Knöpfles Auslegung der BW drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern dieser Auslegungsvorschlag für §1 überhaupt praktikabel ist. Zu dieser Frage, die hier in vollem Umfang nicht beantwortet werden kann, sollen zwei Aspekte angeführt werden, die eine Praktikabilität erschweren:

1. Probleme beim Test der BW

Sehr große Schwierigkeiten ergeben sich beim Test eines Sachverhaltes auf BW. Die Schwierigkeiten sind offenbar darin begründet, daß Knöpfle für die Beschränkung seiner Wettbewerbselemente nicht genügend objektive Kriterien findet, die eine beweiskräftige Diagnose der BW erlauben.

---

die keine Verringerung... der genannten Risiken und Chancen mit sich bringen, "da sie wegen des Inhalts der Verpflichtung diese Wirkung nicht zeitigen." Ebenda, S. 233.

3) Ebenda, S. 215.

Wohl auch aus diesem Grunde entzieht er sich einer Antwort auf alle damit verbundenen Fragen:

> "Die Frage, wie sich die Wettbewerbsbeschränkung in den verschiedenen Fällen beweisen läßt, kann im Rahmen dieser - dem Wettbewerbsbegriff gewidmeten Arbeit - nicht näher behandelt werden." [1]

2. Eine zur BW "passende" Auslegung der BM ist erforderlich

Um die Auslegung der übrigen, in §1 enthaltenen Tatbestandselemente, insbes. um die Auslegung der BM und die daraus für den geschützten Wettbewerbsbereich resultierenden Probleme, kümmert sich Knopfle in beiden Arbeiten nicht [2], "da diese Frage nicht mit dem Wettbewerbsbegriff zusammenhängt.". [3] Diese Meinung Knöpfles ist aus zweierlei Gründen erstaunlich:

1. Weil der Gesetzestext BW und BM unmittelbar miteinander verflicht und
2. weil es gerade die Tatbestandselemente sind, deren Merkmale sich - wie z.B. oben das Beispiel Günthers zeigte (vgl. S. 47) - sehr leicht zu überschneiden drohen.

Will Knöpfle seine Auslegung der BW praktikabel machen, so muß er eine u.a. der BW, dem Text des §1 und dem Ziel des Gesetzes entsprechende Auslegung der BM entwickeln, denn nicht jede Auslegung der BM ist in der Lage, die Auslegung der BW sinnvoll zu ergänzen. Ein Beispiel, in dem eine Auslegungsversion der BM mit Knöpfles Auslegung der BW kombiniert wird, möge das verdeutlichen:

Die Auslegung der BM durch Benisch (vgl. S. 23) stellt auf das Vorhandensein von Wahlmöglichkeiten auf der der fraglichen Absprache gegenüberliegenden Marktseite ab.

---

1) Ebenda, S. 324.

2)
a. Knöpfle, Zum... a.a.O., S. 178.
b. Knöpfle, Der... a.a.O., S. 229.

3) Ebenda, S. 229.

Diese Wahlmöglichkeiten sind als notwendige Voraussetzung gerade die Quelle, aus der Knöpfle seine Elemente des Wettbewerbs bzw. der Wettbewerbsbeschränkung kausal herleitet. Würde man die obige Auslegung beider Tatbestandselemente kombinieren, so würde die BW durch die BM hervorgerufen und nicht - wie das Gesetz fordert - die BM durch die BW.

IV. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Knöpfle will für §1 einen Wettbewerbsbegriff entwickeln, der kein "Handeln" oder "Streben" zum Hauptmerkmal hat. Quantitativ bewegliche Merkmale sollen den Kern der Wettbewerbsdefinition bilden.
   Um diese Merkmale herauszuarbeiten, geht er

2. in seinem Aufsatz von
   a. einer Zielsetzung des Gesetzes aus, die er in die Form einer "schlichten Feststellung" kleidet: das GWB will dem einzelnen die Vorteile erhalten, die ihm der Wettbewerb auf der Marktgegenseite bringt.
   b. Aus Streben nach Realitätsnähe zeigt er - hauptsächlich anhand eines realtypischen Modells - die Bedeutung von Wahlmöglichkeiten für dieses Ziel in der "Wirklichkeit der Wirtschaft".
   c. Die Wahlmöglichkeiten der Marktpartner begründen Erfordernisse, Risiken und Chancen bei den Konkurrenten.
   d. Mit Hilfe von "Normalvorstellungen" der Wettbewerbsbeschränkung erkennt er in den Erfordernissen, Risiken und Chancen die am Markt "Vorteilhaftigkeit" bewirkenden Elemente.
   e. Da er glaubt, in ihnen die gesuchten Hauptmerkmale des Wettbewerbs gefunden zu haben, formuliert er mit ihrer Hilfe seine Vorstellung vom Wettbewerb (vgl. 154) und

f. danach auch von der Wettbewerbsbeschränkung (vgl. S. 145).

3. In seinem Buch sieht er
   a. das einzige Ziel des Wettbewerbs in der Bereitstellung günstiger wirtschaftlicher Auswirkungen.
   b. Mit Hilfe von Modellen, die der "Wirklichkeit des Wirtschaftslebens" entnommen sind, möchte er die Elemente am Markt finden, die den "ökonomischen Nutzen" des Wettbewerbs begründen.
   c. Als vermutliche Wirkungsfaktoren erhält er bei seinen Überlegungen Erfordernisse, Chancen und Risiken.
   d. Diese Elemente bewirken den geforderten ökonomischen Nutzen.
   e. Da die von uns als "Normalvorstellungen" der Wettbewerbsbeschränkung bezeichneten Sachverhalte seiner Ansicht nach hemmend oder ausschließend auf diese Elemente einwirken und somit deren "Nutzenstiftung" hindern, möchte er den Wettbewerb des §1 in diesen Elementen sehen.
   f. Die Besonderheit des §1, daß rechtlich unwirksame Wettbewerbsbeschränkungen rechtliche Wirksamkeit erlangen können, macht erforderlich, alle drei Elemente in die Wettbewerbsdefinition aufzunehmen.

M. Die Vorstellungen Meyer-Cordings (1962)

Der Jurist Ulrich Meyer-Cording, Bonner Ministerialdirektor und apl. Professor an der Universität Köln, versuchte 1962 mit einem Aufsatz über "Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts" [1] im Anschluß an Knöpfle - dessen wettbewerbliche Erfordernisse, Gefahren und Chancen ihn "keineswegs befriedigen" [2] - einen Beitrag zur

---

[1] In: WuW 1962, 461 ff.
[2] Ebenda, S. 465.

"intensiven Diskussion der Zentralbegriffe Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung... und Marktbeeinflussung" [1]

zu liefern. Sein erklärtes Motiv: Er möchte eine "kritische Analyse" [2] bieten. Diese hält er in Anbetracht des "mächtig angewachsenen" [3] Schrifttums und der ungemein zahlreichen Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten für dringend geboten [4], um der Wissenschaft, deren Aufgabe er hier in einer befriedigenden Deutung des "Systems des Gesetzgebers" [5] sieht, einen - wie er glaubt - notwendigen Dienst zu erweisen.
Solches Bemühen führt seine Arbeit zu einem Wettbewerbsbegriff, den er nicht nur dem GWB, sondern auch dem UWG zugrunde legen möchte. [6] Mit diesem Wunsch steht Meyer-Cording nicht alleine. Andere Autoren - z.B. Westermann [7], Fikentscher [8] und Kummer [9] - haben schon vor ihm für derart verwendbare Wettbewerbsbegriffe plädiert.

---

1) Ebenda, S. 461.
2) Ebenda, S. 461.
3) Ebenda, S. 461.
4) Ebenda, S. 461.
5) Ebenda, S. 465.
6) Ebenda, S. 465.
7) Westermann, H., Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, 1956, S. 14:
"Eindeutig ist der hier gefundene Begriff auch dem UWG zu Grunde gelegt."
8) Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 40:
"Wendet man nun den Blick zurück auf den Begriff des Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, so zeigt sich, daß der Wettbewerbsbegriff in beiden Rechtsgebieten grundsätzlich derselbe ist."
9) Kummer, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, S. 151:
"Für eine begriffliche Erfassung eines aus Freiheits- und Lauterkeitsschutz bestehenden 'Wettbewerbsrechtes' erweist sich... als einheitliches Merkmal der Grundtatbestand des gewinngerichteten Leistungsaustausches, indem ⟶

Ihre Reihe setzt Meyer-Cording mit seinem Beitrag fort, in dessen Rahmen er die Auslegung des Tatbestandselementes BW in §1 GWB wie folgt beschreibt:

> "Die Wettbewerbsbeschränkung reduziert den Wettbewerb, indem sie das Verhalten der Wettbewerber harmonisiert oder uniformiert. Durch verschiedenartige Maßnahmen wie Verträge, Beschlüsse... werden den bisher uneingeschränkt möglichen Handlungen der Unternehmer hinsichtlich Gestaltung des Preises, der Geschäftsbedingungen, der Qualität oder zu erzeugenden Menge usw. Grenzen gesetzt. Die Einschränkung engt die Handlungsfreiheit der Beteiligten bezüglich ihrer Wettbewerbshandlungen ein." [1]

Zu dieser Auffassung von der Auslegung der BW kommt er ersichtlich mit Hilfe folgender Gedanken:

I. Die soziologische Wurzel des Wettbewerbsproblems

1923 veröffentlichte der Nationalökonom und Soziologe Ludwig von Wiese im Handwörterbuch der Staatswissenschaften einen Artikel unter dem Titel "Konkurrenz", in dem er das Wettbewerbsproblem unter verschiednen Aspekten, insbesondere unter soziologischen und ökonomischen abhandelte. [2] Schon v. Wiese sah sich in einer Situation - ähnlich der Meyer-Cordings: Auch v. Wiese diagnostizierte eine

> "überaus mannigfaltige und widerspruchsvolle Beurteilung, die Wesen und Wert der Konkurrenz in Leben und Schrifttum" [3]

- gerade auf ökonomischem Gebiet - erfahren haben. Sie reizte ihn, zur Klärung der Sachfragen beizutragen. In seinem Aufsatz gelang ihm das in einer von Meyer-Cording anerkannten Weise.

---

wirtschaftlicher Wettbewerb jedes dem gewinngerichteten Leistungsaustausch dienende Bemühen ist."

1) Meyer-Cording, U., ... a.a.O., S. 469.

2) v. Wiese, L., Konkurrenz, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl. Jena 1923, Bd. V, S. 825 ff.

3) Ebenda, S. 825.

Er stellte nämlich - wie Meyer-Cording ausführt -

> "Mit Recht fest, daß es sich bei... Wettbewerb nicht nur um einen Vorgang des Wirtschaftslebens handelt, sondern um ein allgemeines Phänomen, nämlich eine unter vielen möglichen menschlichen Verhaltensweisen." [1]

Damit werde ersichtlich, daß die "Wurzel des Problems" [2] in der soziologischen Sphäre liege.

a. Ihre generelle Ausprägung

Von dieser "Wurzel des Problems" geht Meyer-Cording bei seiner Ableitung des Wettbewerbsbegriffes aus. Da ein solches Verhalten nur an den Menschen als soziales Wesen gebunden ist, kann es nicht nur im wirtschaftlich sozialen Bereichen auftreten, sondern auf allen Gebieten menschlichen Miteinanders. Entsprechend kennt Meyer-Cording einen generellen Wettbewerbsbegriff, den er - in Anlehnung an v. Wiese - aus doppelter Blickrichtung beschreibt: Wettbewerb ist demnach

> "ein Verhalten, bei dem mehrere Rivalen um die Wette tätig werden, indem sie nach dem gleichen Ziel laufen (concurrence) bzw. es anstreben (competition)." [3]

---

1) Ebenda, S. 461.

2) Ebenda, S. 461.

3)
a. Ebenda, S. 462.
b. Bemerkenswert ist, daß Meyer-Cording hier offenbar unter etymologischen Gesichtspunkten zwei Begriffsnuancen unterscheidet. Dazu folgendes: "Konkurrenz" stammt aus dem Lateinischen (concurrere) und kann mit "zusammenlaufen" übersetzt werden. Die etymologische Wurzel des Wortes "Wettbewerb" ist dagegen weniger klar: Der erste Beleg für die Verwendung des Verbs "wettwerben" findet sich im italienisch-deutschen Lexikon von Kramer aus dem Jahre 1674. Kramer übersetzte: "esser 'in concurrenca con un' altro à qualche cosa" mit: "neben einem anderen nach etwas streben oder trachten, wettwerben um etwas." Vgl. Grimm, Jakob und Wilhelm, Deutsches Wörterbuch, Bd. XIV, Abt. I, Teil 2., Leipzig 1960, Spalte 685. ⟶

Oder anders ausgedrückt:

> "Ein Handeln im Wettstreit, welches eine Dynamik eigener Art zur Folge hat." 1)

Wobei 1. das Handeln eine bestimmte Denkweise impliziert, die Meyer-Cording in einer internen "Absicht" oder einem "Streben" sieht [2], und 2. Wettbewerb immer eines "Grundantriebes", der Rivalität, bedarf. Welche Vorstellungen er damit im einzelnen verbindet, wird nicht deutlich. [3]

Im einzelnen hängt ein so aufgefaßter Wettbewerb wohl vor allem von folgenden drei Voraussetzungen ab:

1. Es müssen mehrere Menschen vorhanden sein;
2. sie müssen ein Ziel haben, das sie erstreben, und
3. sie müssen die Möglichkeit haben, das Streben als inneren Vorgang nach außen in ein Tun oder Unterlassen transformieren zu können.

Der erste Beleg für den Gebrauch des Substantivs "Wettbewerb" findet sich nach Grimm 1886 bei Gustav Freytag. Er schreibt: "Keine menschliche Thätigkeit bedarf so sehr eines freien Wettbewerbs und ungehinderten Verkehrs, als der Handel" Ebenda, Spalte 664.

In der heutigen Umgangssprache gelten Konkurrenz und Wettbewerb als synonym. So Trübner Deutsches Wörterbuch (Hrsg. Walter Mizka), Bd. 8, 1957, S. 131: "Wettbewerb ist Verdeutschung des Fremdlings Konkurrenz."

Das trifft generell auch für die Sprache der Nationalökonomie zu. Zum Versuch das zu ändern vgl. man B. Röper, Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen, 1952, S. 21.

1) Meyer-Cording, U., ... a.a.O., S. 462.

2) Ebenda, S. 462.

3)
a. Meyer-Cording spricht an zwei Stellen von Rivalität:
"Sie vorausahnend hatte schon v. Wiese... bemerkt, daß hier nicht gleiche Ziele in Rivalität kompetitiv angestrebt... werden."
Ebenda, S. 466.⟶

b. Ihre spezielle Ausprägung

Diesen allgemeinen Wettbewerbsbegriff verfeinert Meyer-Cording zu einem wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriff, indem er das Marktgeschehen beobachtet, nach obiger Formel Wettbewerbsverhalten diagnostiziert und die Merkmale des generellen Wettbewerbs zum Teil durch Bezeichnungen ersetzt, die dem Marktgeschehen entliehen sind.
Zunächst zum Marktgeschehen: Hier unterscheidet er eher implizit als explizit sachlich zwischen zwei verschiedenen Prozessen:

1. Dem Prozeß des Leistungsaustausches - hiermit ist der Prozeß gemeint, der sich zwischen Anbietern und Nachfragern vollzieht - und
2. einem Prozeß zwischen den auf einer Marktseite vorhandenen Marktteilnehmern.

Zu 1:

Im Prozeß des Leistungsaustausches findet Meyer-Cording keine Möglichkeit zum Wettbewerb.
Der Grund: [1] V. Wiese vertrat die Ansicht, es sei notwendig, nur dort von Konkurrenz zu sprechen, wo gleiche Ziele erstrebt werden. Es gehe deshalb - so v. Wiese -

> "nicht an, den Begriff so zu dehnen, daß, wie es geschehen ist, der Interessengegensatz zwischen Anbietern und Nachfragern als Konkurrenz bezeichnet wird." [2]

"Die Rivalität als Grundantrieb jeden Wettbewerbs führte... zu Vergleichen, namentlich des wirtschaftlichen mit dem sportlichen Wettbewerbs." Ebenda, S. 468.

b. An einer Stelle von Rivalitätsstreben: "Auch an einem Verkäufer- oder Käufermarkt kann Rivalitätsstreben festzustellen sein." Ebenda, S. 468; ob und inwiefern Rivalitätsstreben und Wettbewerbsstreben übereinstimmen, sagt er nicht.

1) Meyer-Cording, U., ... a.a.O., S. 466.

2) v. Wiese, L., ... a.a.O., S. 826.

Dieser Auffassung schließt sich Meyer-Cording an: Da hier gegenläufige Interessen verfolgt würden, fehle es an einer Wettbewerbssituation und damit an einer Möglichkeit zum Wettbewerb. [1]

Zu 2:

Der Prozeß zwischen den auf gleicher Marktseite stehenden Marktteilnehmer weist diesen Mangel nicht auf. Sie verfolgen parallele Interessen. Hier, meint er, könne Wettbewerb als generelles soziologisches Phänomen vorkommen. Er zeige sich im allgemeinen schon, wenn Unternehmen auf dem Markt anderen Unternehmen begegneten, die das gleiche Ziel des "gewinngerichteten Leistungsaustausches" verfolgten. [2] Das "letzte Ziel" dieses von Unternehmern getragenen und von Unternehmen repräsentierten Wettbewerbsverhaltens liegt für Meyer-Cording in vorteilhaften Austauschgeschäften, in dem daraus fließenden Gewinn [3] und langfristiger Gewinnmaximierung. [4]

II. Wirtschaftlicher Wettbewerb nach individueller Zielsetzung

Die Eigenart dieses Zieles der am Wettbewerb teilnehmenden Individuen gibt dem sich unter Marktbedingungen vollziehenden soziologisch verwurzelten Wettbewerb zugleich sein besonderes Gepräge als wirtschaftlicher Wettbewerb:

1. Zunächst begrenzt Meyer-Cording mit Hilfe der Zielsetzung den Kreis der am Wettbewerb Teilnehmenden. Nur solche Anbieter und Nachfrager treiben nach seiner Ansicht wirtschaftlichen Wettbewerb, die einen geschäftlichen Gewinn anstreben.

---

1) Meyer-Cording, U., ... a.a.O., S. 466.
2) Ebenda, S. 462.
3) Ebenda, S. 463.
4) Ebenda, S. 462; Meyer-Cording wirft hier alles in einen Topf.

Da dieses Merkmal auf einen Verbraucher, der "Bedarfsdeckung" anstrebt, nicht zutrifft, kommt er als Wettbewerber nicht in Frage. [1]

2. Die individuelle Zielsetzung dient ihm aber auch als Hilfsmittel, um aus der Masse aller möglichen Handlungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs herauszuholen, denn - so Meyer-Cording -

> "Wettbewerbshandlung ist jede Tätigkeit, die objektiv geeignet ist, das Wettbewerbsziel, nämlich den auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern." [2]

3. Sie erlaubt ihm ferner Aussagen über die weitere Beschaffenheit der Wettbewerbshandlungen: Will z.B. ein Marktteilnehmer dieses Ziel erfolgreich verfolgen, so muß er zumindest mit den anderen Schritt halten, sie eventuell überholen, denn Stillstand bedeutet, wenn alles vorwärtsgeht, zurückbleiben. [3]

---

1) Ebenda, S. 463; Meyer-Cording bezieht sich für diese Abgrenzung auf Max Kummer (...a.a.O., S. 9), der seinerseits ebenda auf S. 6 zu diesem Problem ausführt:

"Der wirtschaftliche Charakter äußert sich.. darin, daß der Konkurrent mit dem Leistungsaustausch einen Vorteil, einen geldwerten Gewinn... zu erzielen sucht. Und das tut nun nicht, wer das aus dem Austausch Empfangene als Endverbraucher verbraucht. Zwar mögen gelegentlich auch die Endverbraucher miteinander rivalisieren. Aber wirtschaftlicher Wettbewerb ist das deswegen nicht, weil diese Wettbewerber nicht um ihre wirtschaftliche Existenz ringen..."

2) Ebenda, S. 464.

3) Ebenda, S. 462.

Praktisch äußert sich das dadurch, daß die Rivalen beim Angebot ihrer Leistungen den Marktpartnern hinsichtlich Preis, Konditionen, Qualität oder Service günstigere Bedingungen als ihre Mitbewerber in Aussicht stellen. [1]

III. Wettbewerb als bewußte Veranstaltung, als Sozialprinzip

Neben dieser individuellen Zielsetzung, die notwendige Voraussetzung des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist, würden - so Meyer-Cording - dem Wettbewerb innerhalb der sozialen Marktwirtschaft oft noch gewisse überindividuelle Ziele aufgepfropft.
Meyer-Cording spricht hier von Wettbewerb im Sinne von einem Marktmechanismus:

> "... Konkurrenz... soll das Marktgeschehen steuern. Dann bildet sich im Spiel von Angebot und Nachfrage der Preis.
> Der Marktmechanismus besorgt
> (1) die Lenkung des Wirtschaftsprozesses und
> (2) bestimmt, was und wie produziert wird und
> (3) wie die Leistungen verteilt werden.
> (4) Insbesondere setzt der Wettbewerb dem individuellen Gewinnstreben Grenzen...
> (5) soll... die Bewerber zu immer besseren Leistungen anspornen und
> (6) für die Marktpartner als 'Drittwirkung' den Vorteil bringen, eine günstige Auswahl unter den gebotenen Alternativen treffen zu können." [2]

Sofern man den wirtschaftlichen Wettbewerb auf diese überindividuellen Ziele ausrichtet, erlangt er den Charakter einer bewußten Veranstaltung oder - wie Meyer-Cording auf v. Wiese zurückgreifend formuliert - den eines Sozialprinzips. [3]

---

1) Ebenda, S.464.
2) Ebenda, S. 462.
3)
a. Ebenda, S. 462.
b. "Die überaus vielseitigen Wirkungen der Konkurrenz im sozialen Leben... macht sie geeignet zur Grundlage einer unpersönlichen sozialen Ordnung... Das ist namentlich von Adam Smith deutlich erkannt worden. Für ihn war, was oft... mißverstanden worden ist, Konkurrenz nicht ein individualistisches, sondern ein Sozialprinzip, die Grundlage eines gedeihlichen Gemeinschaftslebens." Vgl. v. Wiese,L,..a.a.O.S. 82

IV. Unterschiedliche Wettbewerbstypen

Nach Ansicht Meyer-Cordings hat man es mit zwei, schon in ihrer Anlage verschiedenen wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffen zu tun:
Wettbewerb als bewußte Veranstaltung hat die erwünschten Auswirkungen des nach individueller Zielsetzung sich abwickelnden Wettbewerbs (Meyer-Cording bezeichnet ihn auch als praktisch vorhandenen Wettbewerb) vor Augen, die dieser

> "nicht immer im angestrebten Ausmaße aufweisen mag." [1]

Hier können Konflikte entstehen, die auf einem Dualismus der Zielsetzungen beruhen und den Wettbewerb als bewußte Veranstaltung belasten.

V. Meyer-Cording umgeht (zunächst) die damit verbundenen Probleme,
indem er sich für den sich nach individueller Zielsetzung abwickelnden wirtschaftlichen Wettbewerb entscheidet. Er warnt, Wirkungselemente als Wettbewerbsmerkmale in die Definition des Wettbewerbs aufzunehmen. [2] In Anbetracht dieser Gedanken definiert er den wirtschaftlichen Wettbewerb als

> "ein Verhalten, betätigt durch Handlungen (oder Unterlassungen), mit denen mehrere Rivalen um die Wette das gleiche Ziel anstreben, ihren auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern." [3]

---

1) Ebenda, S. 462.
2) Ebenda, S. 463: Man muß sich
"hüten, die Auswirkungen und Folgen vorschnell in die Definition des Wettbewerbs selbst aufzunehmen."
3) Ebenda, S. 462.

VI. Argumente für die Identität von wirtschaftlichem Wettbewerb und dem zur Auslegung der BW in §1 erforderlichen Rechtsbegriff Wettbewerb

Als nächsten Schritt überträgt er diesen Wettbewerbsbegriff auf §1, indem er von ihm unmittelbar die Auslegung des Tatbestandselementes BW herleitet. [1] Die rechtfertigende Grundlage für diesen Schritt möchte er sich mit einem Hinweis auf einen Satz im Bericht des 21. wirtschaftspolitischen Ausschusses schaffen. [2] An dieser Stelle gibt der Ausschuß kund, insbes. für §1 sei er davon ausgegangen,

> "daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlungen zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen." [3]

Diesen Satz akzeptiert Meyer-Cording nicht insgesamt. Einerseits lehnt er es ab, das "auf Kosten eines Wettbewerbers" als Merkmal in seine Wettbewerbsdefinition zu übernehmen. Seine Begründung: Es handele sich hier 1. nicht um Wettbewerb, sondern um eine Folge des Wettbewerbs und überdies 2. sei sie nicht einmal notwendig, sondern nur möglich. [4] Andererseits hält er offenbar zwei Worte im verbleibenden Rest des Satzes für ausreichend tragfähig, um seinen soziologisch fundierten Wettbewerbsbegriff als Rechtsbegriff durchzusetzen:

1. Im obigen Zitat ist von "Wirtschaftskampf" die Rede. Dieses Wort läßt offenbar für ihn die Vermutung begründet erscheinen, daß der Ausschuß mit dem soziologischen Wettbewerbsbegriff operierte. Denn - nach v. Wiese - ist Konkurrenz als Kampf mit nicht absoluter Gegnerschaft zu verstehen, der nur zwei Möglichkeiten unmittelbarer Transformation in andere Verhaltensweisen hat:

---

1) Ebenda, S. 469.
2) Ebenda, S. 463.
3) Bericht BT-Drucksache (2.Wahlperiode) zu 3644, S. 15; Vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1175.
4) Meyer-Cording, U., ... a.a.O., S. 463.

im Kampf mit absoluter Gegnerschaft (Konflikt) und in Einstellung des Kampfes (Kooperation). [1]
Das Wort "Wirtschaftskampf" kann somit aus soziologischer Sicht - wenn man davon absieht, daß der Ausschuß auch den Fall des Konfliktes gemeint haben könnte - als Konkurrenz bzw. wirtschaftliche Konkurrenz aufgefaßt werden. [2]

2. Der Ausschuß stellte ferner für seinen Wettbewerb auf zielgerichtete Handlungen ab. Auch darin kann man - Meyer-Cording folgend - einen Hinweis auf den soziologischen Wettbewerbsbegriff sehen, denn schon der generelle soziologische Wettbewerbsbegriff kennt - wie oben gezeigt (vgl. S. 175) - derartige Handlungen. [3]

---

1) v. Wiese, L.,... a.a.O., S. 827.

2) Dafür, daß Meyer-Cording mit diesem Gedanken vertraut ist, spricht u.a. der folgende aus seiner Feder stammende Satz:

"Die Soziologie kennt nicht nur Beziehungen des Miteinander, der Zusammenarbeit, sondern auch des Gegeneinander. Zu letzteren zählt u.a. (neben dem offenen Kampf) der Wettbewerb ..." Vgl. Meyer-Cording, U.,... a.a.O., S. 461/462.

3)
a. Ebenda, S. 463.

b. Meyer-Cording übt an dieser Stelle Kritik an den Wettbewerbsauffassungen zu §1, die auf ein Streben statt auf ein Handeln abstellen: "... für den Bereich des GWB kann als Wettbewerb nur ein aktives Tätigwerden angesehen werden. Die Definition... der Baumbach-Hefermehl und ich uns angeschlossen hatten und wonach ein bloßes Streben nach Vorteilen genügte, kann nicht aufrechterhalten werden. Fikentscher hat zwar neulich wieder gemeint, ein solches Streben genüge. Indessen kann seine These nicht anerkannt werden, daß Streben und Betätigung gleichbedeutend sei. Das Streben ist ein inneres psychologisches Moment, aus dem ein wirklicher Wettbewerb solange nicht entsteht, als nicht entsprechende Handlungen vorgenommen werden."

VII. Durch den Tatbestand des §1 erforderlich werdende Änderungen am dargestellten Wettbewerbsbegriff Meyer-Cordings

Allerdings muß Meyer-Cording seinen Wettbewerbsbegriff noch in zweifacher Hinsicht korrigieren, um ihn den Gegebenheiten des §1 anzupassen.

a. Im Hinblick auf Verträge und Beschlüsse

Die Beziehung, in die die Tatbestände des §1 die Tatbestandselemente Verträge bzw. Beschlüsse und BW zueinander setzen, erfordert es, in Anbetracht des gegebenen Wettbewerbsbegriffes auch auf potentiellen Wettbewerb abzustellen, und zwar offenbar aus folgenden Gründen:

§1 nennt Verträge oder Beschlüsse als "Ursachen" [1] der BW. Dank ihrer Natur können diese Ursachen aber nur an einem Merkmal des Wettbewerbs wirkend ansetzen, das dafür geeignet ist.

Das erste wesentliche Merkmal des Wettbewerbs ist die individuelle Zielsetzung, nach der sich der Wettbewerb vollzieht. Sie ist jedoch nach Meyer-Cording auf keinen Fall als Ansatzpunkt von Verträgen und Beschlüssen geeignet. Denn - wie offenbar die Praxis zeigt - beseitigt ein Kartell nicht das Wettbewerbs- und Gewinnstreben. Dieses setzt sich vielmehr im Kartell fort. [2]

---

[1] Die Anführungsstriche sollen daran erinnern, daß damit keine Stellungnahme für oder gegen eine Beziehung im Sinne der Gegenstands- oder Folgetheorie verbunden ist.
Die Frage, welche der beiden Theorien Meyer-Cording zum Zuge kommen lassen möchte, ist nicht mit Sicherheit zu klären.

[2] Ebenda, S. 469.

Das zweite wesentliche Merkmal ist die Wettbewerbshandlung. Hier ist der Ansatzpunkt. Verträge und Beschlüsse sind gewachsene Werkzeuge, um Freiheitsbereiche zu umgrenzen, zu ordnen und damit Handlungen bzw. Unterlassungen im Sinne von Dürfen und Nichtdürfen zu regeln. Ohne rechtliches Dürfen sind heutzutage in der Regel Wettbewerbshandlungen nicht möglich. Vereinbaren Wettbewerber gemeinsam eine Einschränkung der Freiheit zu Wettbewerbshandlungen, so bedeutet das eine Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltens und damit des Wettbewerbs selbst, und zwar wohl regelmäßig Harmonisierung eines künftigen Wettbewerbsverhaltens. Unter diesem Gesichtspunkt bedeutete es eine nicht ohne weiteres zu vertretende, den Anwendungsbereich einschränkende Interpretation, wollte man das Vorhandensein von aktuellem Wettbewerb im Zeitpunkt der relevanten Vereinbarung zur notwendigen Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandselementes BW erklären.
Es ist deshalb verständlich, wenn Meyer-Cording als Voraussetzung für die Anwendung des §1 lediglich das Vorhandensein der potentiellen Form seines Wettbewerbs am Markt [1] fordert [2].

b. Im Hinblick auf die BM durch BW

Die Inhalte der Tatbestandselemente BW und BM seien - meint Meyer-Cording, ohne zu begründen - begrifflich sauber zu trennen. [3]

---

1) Die Begrenzung des Marktes beim Test bereitet nach seiner Ansicht im allgemeinen deshalb keine Schwierigkeiten, "weil... die Kartelle... durch die von ihnen praktizierten Wettbewerbsbeschränkungen jeweils einen bestimmten Markt beeinflussen wollen." Ebenda, S. 466.

2) Ebenda, S. 465.

3) Ebenda, S. 470.

Von diesem Gedanken ausgehend mißt er dem Tatbestandselement BM besonderen Inhalt zu. Dadurch erlangt es eine spezielle Bedeutung für den durch §1 geschützten Wettbewerb.

Sachverhalte, die sämtliche Tatbestandselemente des §1 - außer der "Eignung zur BM" - erfüllen, unterliegen noch nicht der Rechtsfolge des §1. Erst solche Wettbewerbsbeschränkungen, die zusätzlich die Eignung besitzen, kausal [1] die Marktverhältnisse zu beeinflussen, lösen sie aus.

Hier werden zwei inhaltlich verschieden umfangreiche Auslegungen der Wettbewerbsbeschränkung erkennbar, die verschiedene **Wettbewerbsbegriffe** vermuten lassen. Diese Vermutung bestätigt sich, denn hat Meyer-Cording für den **Wettbewerbsbegriff**, den er für die Ableitung der Auslegung der BW benutzte, ausdrücklich verzichtet, die Folgen des Wettbewerbs in irgend einer Weise zu berücksichtigen (vgl. S.180), so geht er für die durch die Eignung zur BM qualifizierte BW von den

> "vom Gesetzgeber gewünschten Auswirkungen der Institution 'Wettbewerb' " [2]

aus. Ihr Schutz sei vom Gesetzgeber durch §1 beabsichtigt, denn die BW sei nicht um ihrer selbst willen verboten. [3] Das heißt aber nichts anderes, als daß Schutzobjekt des §1 der auf individueller Zielsetzung beruhende Wettbewerb nur insoweit ist, wie sich durch seine Beschränkung bestimmte, vom Kollektiv gewünschte Wirkungen, deren Ursache er sein soll, reduzieren. Diese vom Kollektiv gewünschten Wirkungen des Wettbewerbs sieht Meyer-Cording allgemein in der Erhaltung bestimmter Auswirkungen auf den Markt, insbesondere auf die Marktgegenseite (Drittwirkung).

---

1) Ebenda, S. 470.
2) Ebenda, S. 470.
3) Ebenda, S. 470.

Denn mögliche und wahrscheinliche Folge der BW ist, daß die Alternativen für die Marktpartner ungünstig eingeschränkt werden. [1] Für die Frage, wann eine BW die Eignung zur BM besitzt, schließt sich Meyer-Cording der Rechtsprechung des BGH [2] an. Im Hinblick auf die angedeutete Wirkung der BW auf die Marktpartner formuliert er:

> "wenn deren Freiheit in der Auswahl von Alternativen, ihre Auswahlmöglichkeit und die Chance, sich anderen Angeboten zuzuwenden, fühlbar beeinträchtigt wird, indem sie Schwierigkeiten beim Leistungsaustausch haben." [3]

Es kommt also nicht nur darauf an, daß die BW eine irgendwie abstrakte Eignung zur BM besitzt, sondern daß tatsächlich durch die BW der "Marktcharakter in gewisser Weise" geändert wird. [4] Zur Frage, wann solche Einwirkungen "fühlbar" sind und wann nicht, verweist Meyer-Cording u.a. auf die angegebene Entscheidung des BGH.

Durch Betrachtung von BW und BM kommt er somit zu einem verengten Begriff der Wettbewerbsbeschränkung - oder anders ausgedrückt -zu einem engeren Wettbewerbsbegriff. In diesen Wettbewerbsbegriff ist zusätzlich im Vergleich zu dem, auf dem die BW beruht, ein Wirkungselement aufgenommen. In ihm sind individuelle und kollektive Ziele vereint. Im Hinblick auf die oben nach der Zielsetzung vorgenommene Typenbildung derWettbewerbsbegriffe haben wir es hier mit einem Wettbewerb im Sinne der "bewußten Veranstaltung", des "Sozialprinzips" zu tun.

---

1)
a. Ebenda, S. 470.
b. Er sieht also zwischen BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie.

2) BGH v. 14.1.1960 "Kohlenplatzhandel", in: WuW/EBGH 369 ff.

3) Meyer-Cording,... a.a.O., S. 472.

4) Ebenda, S. 471/472.

VIII. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. Meyer-Cording geht von der "soziologischen Wurzel" des Wettbewerbsproblems aus. Er erfaßt Wettbewerb als ein generelles menschliches Verhalten.

2. Bei Beobachtung des Marktgeschehens erkennt er in einem Prozeß zwischen den auf einer Marktseite vorhandenen Marktteilnehmern eine durch die Besonderheiten der individuellen Zielsetzung der Marktteilnehmer gekennzeichnete spezielle (wirtschaftliche) Form des generellen Wettbewerbs.

3. Werden diesem nach individueller Zielsetzung sich abwickelnden wirtschaftlichen Wettbewerb - etwa im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft - überindividuelle Ziele aufgepfropft, so liegt wirtschaftlicher Wettbewerb im Sinne einer bewußten Veranstaltung, eines Sozialprinzips vor.

4. Wohl um die Probleme zu vermeiden, die sich bei dem letzteren Wettbewerbstyp aus einem Dualismus der Zielsetzungen ergeben könnten, stellt er für den Inhalt der BW auf den sich nach individueller Zielsetzung abwickelnden Wettbewerb ab.

5. Diesen Schritt versucht er mit einem Hinweis auf einen Satz im Bericht des 21. wirtschaftspolitischen Ausschusses (vgl. S. 181) zu rechtfertigen.

6. Den wirtschaftlichen Wettbewerb, den er zum Rechtsbegriff erhebt, indem er von ihm den Inhalt der BW (vgl. S.181) herleitet, formuliert er wie oben (S. 180) dargestellt.

7. Die Tatbestände des §1 erfordern eine Korrektur dieses Wettbewerbsbegriffes in zweifacher Hinsicht:

   a. Der Sinnzusammenhang zwischen Verträgen, bzw. Beschlüssen und BW erfordert es, auch auf potentiellen Wettbewerb abzustellen.

b. Der Sinnzusammenhang zwischen BW und BM verlangt eine Erweiterung (Transformation) des Wettbewerbsbegriffes: von dem sich ausschließlich nach individueller Zielsetzung abwickelnden Wettbewerb zu Wettbewerb als bewußter Veranstaltung.

N. Die Vorstellungen von Müller-Henneberg (1963)

Zum "Gemeinschaftskommentar" [1], der sich 1963 nach fünfjähriger Geltung des GWB bemüht,

"eine kartellrechtliche Bilanz zu ziehen", [2]

schrieb Dr. Hans Müller-Henneberg (im folgenden als MH abgekürzt), Stuttgarter Rechtsanwalt, neben der Einführung zum Teil I vor allem den Kommentar zum §1.
Den Inhalt der BW definierte er - wörtlich übereinstimmend mit der Vorauflage des Kommentars -

> "Wettbewerbsbeschränkung i.S. des §1 ist nur der rechtsgeschäftliche Verzicht eines an dem Vertrag oder Beschluß Beteiligten auf das Recht, sich am Markt zu betätigen und dabei alle rechtlich zulässigen Wettbewerbshandlungen vorzunehmen." [3]

Ersichtlich haben MH in der 2. Auflage folgende Gedanken zu dieser Auslegung bewogen:

I. Der wettbewerbliche Grundsachverhalt

Die von Meyer-Cording (vgl. S. 172) angesprochene begriffliche Vielfalt des Wettbewerbs, wählt auch MH zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen. [4]

---

1) Müller-Henneberg, H., Schwarz, G., (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

2) Ebenda, Vorwort.

3)
a. Gem.K., 1. Aufl., S. 168.
b. Gem.K., 2. Aufl., S. 136.

Um auf die Frage, was ist Wettbewerb bzw. BW in §1, eine befriedigende Antwort zu finden, ohne sich in den mit der Begriffsvielfalt verbundenen Problemen zu verirren, wählt er einen methodisch ähnlichen Weg wie Meyer-Cording, indem er nach Gemeinsamkeiten in allen ihm bekannten Wettbewerbsbegriffen fragt.
Er kommt zu dem Schluß:

> "Gemeinsam ist allen Wettbewerbsbegriffen... die Bezogenheit auf folgenden Sachverhalt, zu welchem mindestens drei Personen gehören:
> A und B, die beide am Abschluß von Geschäften mit C interessiert sind und damit rechnen müssen, daß ihre Chance, durch ein Geschäft mit C Vorteile zu erzielen, jeweils vom Verhalten des anderen beeinflußt werden könnte." 5)

Von diesem wettbewerblichen Grundsachverhalt ist nach Ansicht MHs auch für die Suche nach dem Begriff des Wettbewerbs auszugehen, der dem §1 zugrundezulegen ist. Zu diesem Zweck müsse der Grundsachverhalt auf §1 bezogen werden. Was MH damit sagen will, wird nicht ganz klar. Offenbar meint er, der Grundsachverhalt sei in den großen Rahmen des §1 einzuordnen, von ihm empfange er seine spezielle inhaltliche Ausprägung zu einer besonderen Variante seiner selbst. Im Gedankenfeld, das den "Rahmen" des §1 ausmacht, unterscheidet er insbesondere zwei Bereiche, von denen solche formenden Kräfte ausgehen:

---

4) Gem.K., 2. Aufl., S. 129:
"Sowohl die wirtschaftswissenschaftliche Terminologie als auch die Gesetzessprache verwenden den Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs in verschiedenen Bedeutungen. So handelt es sich jeweils um andere Sachverhalte, wenn der Wettbewerbszustand als Marktform oder wenn das Wettbewerbsverhalten gemeint ist (Meyer-Cording, WuW 62, 466)."

5) Ebenda, S. 129.

1. Die Gedanken über den Sinn (Zweck) des § und
2. die Gedanken zur Funktion, die im Rahmen des § der Wettbewerb zu erfüllen hat. [1]

II. Zum Sinn des §1

Müller-Henneberg, der noch in der vorhergehenden Auflage des Kommentars (1958) im Anschluß an Günther [2] und Biedenkopf [3] das "Ziel" des GWB, insbesondere des §1 darin sah, einen Wettbewerb [4] im Sinne

> "der unbeschränkten Freiheit des Zugangs zum Markt und der Entscheidung über Art, Umfang und Intensität der Wettbewerbsbetätigung..." [5]

zu schützen, distanzierte sich in der späteren Auflage von dieser Auffassung.

---

[1] Ebenda, S. 129.

[2] Günther, E., Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1957, 721:

"Die entscheidende Absicht... ist die Freiheitsgarantie: die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen und ihre Sicherung durch das Gesetz ist Voraussetzung für die Wettbewerbsordnung... Diesem Ziel dient das Gesetz. Es will der Wirtschaft das Höchstmaß an Freiheit gewährleisten, das durch Rechtsvorschriften gesichert werden kann...
Unter dem entscheidenden Blickpunkt der Freiheitsgarantie muß das Gesetz..., die Magna Charta der Wirtschaftsfreiheit, gesehen werden."

[3] Biedenkopf, H., Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, in: Biedenkopf, Callmann, Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 32:

"Es gilt zu erkennen, daß der letzte Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht wirtschaftliches Kalkül, sondern nur die Verwirklichung einer der Bindung durch Gleichheit unterworfenen Freiheit sein kann."

[4] ".. Wo ein solches Streben sich betätigt, wird Wettbewerb verwirklicht. Daß das im weitesten Umfange geschehe, ist... das Ziel des Gesetzes." Gem.K., 1. Aufl., S. 166.

[5] Gem.K., 1. Aufl., S. 166.

Seinen Meinungswechsel begründet er damit, §1 sei nicht geeignet die wirtschaftliche Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit vor Beeinträchtigungen zu bewahren. [1] Müller-Henneberg weicht damit den Argumenten [2], mit denen Benisch als Verfechter des "Institutionsschutzgedankens" [3] (man vgl. o. S. 17) die Anhänger einer

> "abstrakt r e c h t l i c h e n Bestimmung des Schutzgegenstandes in Gestalt der individuellen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer" [4]

attackierte. Benisch argumentierte im wesentlichen wie folgt:

Zweck des §1 könne nicht der Schutz der Freiheit der an der Beschränkung Beteiligten vor freiwilliger Selbstaufgabe sein.

Begründung:

a. Die Rechtsordnung verbiete nicht einmal die freiwillige Aufgabe höherer Rechtsgüter, wie der persönlichen Freiheit, der Gesundheit und des Lebens.

b. Nach geltendem Prinzip der Rechtsordnung könne nicht derjenige als geschützt angesehen werden, der sich durch Beteiligung an verbotenem Verhalten selbst ordnungswidrig verhält. [5]

Zweck des §1 könne aber auch nicht der Schutz der Freiheit der an der Beschränkung nicht Beteiligten sein.

Begründung:

a. Der Wortsinn des §1 wende sich gegen kollektive Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel der an der Beschränkung Beteiligten, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Es fehle jegliche Andeutung, die auf eine Freiheitsbeschränkung Dritter hinweise.

---

1) Gem.K., 2. Aufl., S. 66.

2) Neben dem sachlichen Gehalt dieser Argumente dürfte ein Grund für das Nachgeben darin zu sehen sein, daß Benisch Mitkommentator des Gem.K. ist.

3) Benisch, W., Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in: WuW 1961, 777.

4) Ebenda, S. 764.

Im Gegenteil: Mit der Verwendung des Begriffes "Marktverhältnisse" werde der anonyme volkswirtschaftliche Prozeß und nicht die individuelle Freiheit einzelner Betroffener angesprochen. [6]

b. In den Gesetzesmaterialien komme der wirtschaftspolitische Institutionsschutz (Wettbewerb zum Nutzen der Gesamtwirtschaft) nahezu allein zum Ausdruck. [7]

c. Unter dem Gesichtspunkt, daß aus Verletzung der durch §1 geschützten individuellen Rechte Dritter Ansprüche auf Schadensersatzleistungen folgen könnten, ergeben sich für Benisch weitere Bedenken:

Lukes, auf den Benisch [8] als stellvertretend für viele Verfechter dieses Gedankens [9] zurückgreift, sieht in §1 ein Schutzgesetz [10] im Sinne der §§ 823 II BGB, 35 GWB [11], das zumindest auch den Schutz der möglichen Einzelrechtsgeschäftspartner eines Kartells bezweckt. [12]

---

5) Ebenda, S. 769.

6) Ebenda, S. 767.

7) Ebenda, S. 767.

8) Ebenda, S. 766, 770.

9) Zur Literatur vgl. man Gem.K., 1. Aufl., S. 646.

10) Lukes, R., Der Kartellvertrag, München-Berlin 1959, S. 184.

11)
a. "Schon vor der Verabschiedung des Gesetzes hat sich eine lebhafte Kontroverse über die Frage entwickelt, ob §1 unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu § 823 Abs. 2BGB als Schutzvorschrift anzusehen ist."
Benisch, Gem.K., 1. Aufl., S. 646.

b. "§ 35 gewährt einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Vorschriften des GWB... Der Begriff 'Schutzvorschrift' hat den gleichen Inhalt wie das Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB."
Benisch, Gem.K., 2. Aufl., S. 865.

12)
a. Gem.K., 1.Aufl., S. 187.
b. Es sei hier angemerkt, daß Benisch selbst in §1 keine Schutzvorschrift sieht: ⟶

Geschützt würden diese in ihrer wirtschaftlichen "Entschließungsfreiheit oder Dispositionsmöglichkeit." [1]
§1 wolle sicherstellen

> "daß sie beim Abschluß von Einzelrechtsgeschäften... nicht durch Kartellabsprachen in der Auswahl ihrer Rechtsgeschäftspartner und der Ausgestaltung der Rechtsgeschäfte beschränkt werden." [2]

Überdies sei der §1 auch noch als Schutzvorschrift für die Grenzbereiche der Vermögen der Einzelrechtsgeschäftspartner aufzufassen. Darunter seien die Aussichten auf Vermögensvermehrung zu verstehen, die nicht in den einer Person konkret zugeordneten Rechten einen Niederschlag gefunden haben.
Das durch §1 geschützte Rechtsgut umfasse beide Erscheinungen. Ihr Aggregat belegt Lukes mit einer besonderen Bezeichnung:

> "Die von §1 GW... geschützte Kombination von wirtschaftlicher Entschließungsfreiheit und Erwerbschancen läßt sich wohl am zutreffendsten mit 'wirtschaftlicher Betätigung' umschreiben. 3)

Wichtig ist der folgende Gedanke: Wird ein Einzelrechtsgeschäftspartner durch die Kartellabsprache in seiner wirtschaftlichen Betätigung derart behindert, daß er einen Schaden erleidet [4], so hat er - nach Lukes - gegen die Kartellbeteiligten einen Schadensersatzanspruch gem. §35 GWB. [5]

---

§1 ist als bloße Rechtsschutzverweigerungsnorm keine Schutzvorschrift..." Ebenda, S. 867.

1) Lukes, R., ... a.a.O., S. 187.

2) Ebenda, S. 187.

3)
a. Ebenda, S. 188.
b. Nicht ersichtlich ist bei Benisch, ob und inwiefern er diese Vorstellungen der Betätigungsfreiheit übernimmt.

4) "Das Ausmaß der Beeinträchtigung beim einzelnen Dritten ist die Differenz zwischen dem Rechtsgeschäftsinhalt, der ohne das Kartell allgemein üblich war, und dem ungünstigeren Rechtsgeschäftsinhalt, der infolge des... Kartells vom Dritten vereinbart wurde bzw. dem gesteigerten Aufwendungen, die für ihn erforderlich waren, um ein Rechtsgeschäft mit dem üblichen Inhalt abzuschließen." Ebenda, S. 189.

Dazu meint Benisch:

1. Gegen "gezielte" Beschränkungen derart aufgefaßter individueller Rechte (z.B. werde die "Betätigungsfreiheit von Lieferanten oder Abnehmern... im Grunde nur durch solche Beschränkungen betroffen, die sie vom Bezug oder Absatz ausschließen oder darin behindern." Benisch, W.,... a.a.O., S. 772) sehe das GWB einen besonderen Individualschutz vor (z.B. §§ 18, 26) [6]. Sie brauchten nicht durch §1 geschützt zu werden.

2. Der Schutz individueller Rechte Dritter durch §1 gegen sonstige (also "nicht gezielte") Beschränkungen stoße generell auf Schwierigkeiten, weil

aa. der Kreis etwaiger schutzberechtigter Dritter nahezu unbegrenzt wäre;

bb. für eventuelle Schäden Dritter eine für die Schadensberechnung erforderliche Vergleichsgröße fehle und

cc. oftmals Marktteilnehmern die Möglichkeit gegeben würde, mit Hilfe von Schadensersatzprozessen ihre Marktpartner an Preisen festzunageln, zu denen sie sonst nicht verkauft hätten. [7]

Der Schutz individueller Rechte würde so zu

> "neuen Verzerrungen führen und den Prozeß der Selbststeuerung behindern." [8]

---

5) Ebenda, S. 190.

6) Benisch, W.,... a.a.O., S. 769. Offensichtlicher Leitgedanke: Ein durch Spezielnorm geschütztes Rechtsgut braucht (u. soll) durch die Gener.norm nicht zusätzlich geschützt werden.

7) Ebenda, S. 770.

8) Ebenda, S. 769.

Insbesondere am letzten Argument werde die Unverträglichkeit individueller Schutzrechte Dritter mit volkswirtschaftlichen Zielsetzungen deutlich. [1]

3. Der Schutz individueller Rechte sei speziell für die Außenseiter des Kartells überflüssig, denn sie würden im allgemeinen in ihrer Betätigung, durch das Kartell begünstigt, indem ihnen ein Unterbieten der Kartellmitglieder erleichtert werde. Sobald sich aber das Kartell mit bestimmten Maßnahmen gegen Außenseiter wende (Kampfpreisunterbietungen, Treuerabatte, Gesamtumsatzrabatte ohne Mitzählung der Außenseiterbezüge usw.) bestehe ein Sonderschutz ihrer Betätigungsfreiheit in Gestalt des Diskriminierungsverbots. [2]

4. Außerdem sei speziell die Betätigungsfreiheit der Marktpartner zur Kennzeichnung einer Wettbewerbsbeschränkung ungeeignet. Sie entfalle damit als Schutzobjekt des §1, denn in der Regel behinderten durch Verträge oder Beschlüsse vereinheitlichte Preise, Rabatte oder Konditionen die Marktpartner nicht in dieser Freiheit.

---

1) Gem.K., 2. Aufl., §35 Anm. 5, S. 868.

2) Benisch, W., ... a.a.O., S. 772.

3)

a. Ebenda, S. 772.

b. Benisch geht hier offenbar von dem Gedanken aus, daß es allgemein anerkannte Wettbewerbsbeschränkungen gibt, die zwar das Tatbestandselement BW erfüllen, den Markt jedoch konkret nicht oder nicht in genügendem Umfange beeinflussen und es deshalb an einer Beschränkung der Betätigungsfreiheit der Marktpartner fehlt:

"Lediglich in dem sehr theoretischen Falle, in dem die Kartellbedingungen so hochgeschraubt sind, daß den Abnehmern der Bezug wirtschaftlich erschwert oder unmöglich gemacht wird, könnte eine Einschränkung der Betätigungsfreiheit angenommen werden." Ebenda, S. 772.

Den Zweck des §1 möchte Benisch im Schutze Dritter [1] sehen, obwohl sich - wie soeben dargestellt - der § seiner Meinung nach nicht eignet, deren Freiheit zu sichern: So soll der § dazu dienen, den Dritten (gemeint sind offenbar die Marktpartner) die Möglichkeit zu erhalten

> "die in der Wirtschaftsordnung liegenden wirtschaftlichen Chancen wahrzunehmen, bzw. 'an der sich stets neu vollziehenden Verteilung der Güter teilzunehmen'." [2]

Beachtenswert ist dabei, daß es sich hier

> "eben nur um eine sehr unsichere Chance und nicht um ein Recht auf günstigere Bedingungen, das eines individuellen Schutzes wert wäre" [3],

handelt und daß Benisch annimmt, diese Zwecksetzung liege im Sinne der volkswirtschaftlichen Begründung des Kartellgesetzes. Entsprechend diesen Ausführungen Benischs sieht MH das Schutzobjekt des §1 in den

> "Chancen der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzielen." [4]

---

1) Darunter fallen offenbar nicht Außenseiter. Benisch spezifiziert den "Dritten" in diesem Zusammenhang explizit sogar nur als "Abnehmer". Man vgl. ebenda, S. 772.

2)
a. Ebenda, S. 772.

b. Benisch stützt sich für die erste Hälfte des Zitats auf Baumbach-Hefermehl, ... a.a.O., §1 Anm. 62:
"§1 erklärt Kartelle... für unwirksam... wegen ihrer Außenwirkungen auf unbeteiligte Dritte, deren wirtschaftliche Chancen und Betätigungsmöglichkeiten beeinträchtigt werden..."

Zu "Chancen" und "Betätigungsmöglichkeiten" schon Böhm 1956:
"Für die rechtliche Beurteilung dieser Verträge ist nicht wesentlich, daß die Vertragsbeteiligten ihre eigene Wettbewerbsfreiheit beschränken, sondern daß sie das in der Absicht und mit der Wirkung tun, die Erfolgschancen und Betätigungsmöglichkeiten dritter... einzuschränken."
Böhm, F., Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz, in: WuW 1956, S. 177.→

III. Der spezielle Wettbewerbsbegriff

Die Antwort auf die Frage, inwiefern sich in Anbetracht dieser Zwecksetzung des §1 der oben dargestellte wettbewerbliche Grundsachverhalt ändert, bleibt MH schuldig. Der Grund: Wettbewerb soll seiner Ansicht nach in §1 lediglich zur Bezeichnung dessen dienen, was Gegenstand einer wettbewerbsbeschränkung sein kann [5]; er sei

> "der Inbegriff dessen, was nach dem Willen des Gesetzgebers nicht beschränkt werden soll" [6]

Diesen Inbegriff sieht MH für den §1 in dem oben dargestellten Schutzobjekt: Die Chancen der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzielen, sind für ihn offenbar der durch §1 geschützte Wettbewerb. Er reicht aus, um als Leitbild zur Auslegung der Tatbestände des § beizutragen. Eine weitere begriffliche Präzision ist somit überflüssig.

IV. Auf welche Weise wird der Wettbewerb geschützt?

Damit ist alles über die Zwecksetzung des § gesagt, was MH für bedeutsam hält. Ebenso ist die Funktion, die der Wettbewerb im Rahmen des § spielt, bezeichnet. Übrig bleibt zu zeigen, auf welche Weise er diese Funktion erfüllt, d.h. wie sich nach seinem begrifflichen Inhalt der Inhalt der uns im Rahmen des § interessierenden Tatbestandselementes BW und BM bemißt, damit der Wettbewerb als Zweck durch den §1 als Mittel möglichst wirkungsvoll geschützt werden kann.

---

c. Für die zweite Hälfte des Zitats bezieht sich Benisch auf Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 212.

3) Benisch, W.,... a.a.O., S. 772.

4) Gem.K., 2. Aufl., S. 130; man vgl. auch ebenda, S. 66.

5) Ebenda, S. 129.

6) Ebenda, S. 64.

Vor dieser Frage muß auch MH bei der Auslegung der Tatbestandselemente gestanden haben, denn anders als durch ihre Beantwortung läßt sich der für eine schlüssige Auslegung notwendige Zusammenhang zwischen Zwecksetzung und Tatbestand nicht herstellen.
Der Wortsinn des "typischen Tatbestandes" [1] in §1 erlaubt, einen "Gedankenfaden" über mögliche Beziehungen zwischen Vereinbarungen und Beeinträchtigungen relevanter Chancen zu spinnen:

Verträge und Beschlüsse (Vereinbarungen) sind Instrumente, um Handlungsbereiche - auch am Markt - abzugrenzen. Zur Vorstellung dessen, was nicht beschränkt werden soll, gehört also auch die Vorstellung gewisser "Betätigung", insofern kann der Inhalt des Wettbewerbs in §1

> "nicht ohne die Vorstellung eines Marktes definiert werden, auf welchem mindestens zwei Unternehmen sich... betätigen." [2]

Die Handlungen, auf die sich die Vereinbarungen erstrecken, sind Markthandlungen - wie sich ja wohl schon aus der Eigenschaft ihrer Träger, Anbieter oder Nachfrager zu sein, ergibt. Daß durch eine gemeinsame Manipulierung der Freiheit zu solchen Handlungen die relevanten Chancen der jeweiligen Marktpartner betroffen werden können, bedarf keines Beweises.
In diesem geschilderten Zusammenhang lassen sich zwei Schwerpunkte erkennen, die in einem kausalen [3] Zuordnungsverhältnis stehen:
Der eine betrifft die reglementierte Freiheit zu Handlungen; mit ihm befaßt sich MH - dem Tatbestand des Gesetzes entsprechend - im Rahmen der Auslegung der BW.

---

1) Ein auf die Tatbestandselemente von "zentraler Bedeutung" (vgl. dazu o. S. 11) sinnvoll gekürzter Tatbestand.
2) Ebenda, S. 129.
3) Ebenda, S. 155.

Der andere betrifft die daraus möglicherweise kausal folgende Beeinträchtigung der relevanten Chancen; mit ihm befaßt sich MH im Rahmen der Auslegung der Eignung zu BM.

MH, der einerseits der BW und der Eignung zur BM besondere Inhalte beimessen will [1], möchte andererseits offenbar vermeiden, den begrifflichen Unterschied zwischen BW und WbV mehr als vermeidbar zu dehnen. Diesem Bemühen entspricht die folgende Auslegung der Tatbestandselemente:

a. Zur Auslegung der BW

Um die relevanten Chancen zu schützen, kommt es zunächst erst einmal darauf an, die Freiheit zu Wettbewerbshandlungen zu erhalten, denn - so MH:

> "Es gibt Freiheit ohne Wettbewerb, aber keinen Wettbewerb ohne Freiheit. Handlungsfreiheit ist... zwar nicht der Inhalt, aber doch eine unerläßliche Bedingung des Wettbewerbs.
> Soweit auf diese Freiheit verzichtet wird, wird die Möglichkeit, Wettbewerb zu betätigen, beschränkt. Auf die Beschränkung dieser Möglichkeit kommt es an." [2]

jedenfalls für die Auslegung der BW, wobei MH in Bezug auf die zugrundeliegende Vereinbarung der Gegenstandstheorie folgt, indem er die Meinung vertritt,

> "daß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt und Gegenstand der Vereinbarung sein muß!" [3]

---

1) "Soweit es sich allerdings um Umstände handelt, die bereits im Begriff Wettbewerbsbeschränkung enthalten sind, kann es nicht der Wille des Gesetzgebers sein, sie noch ein zweites Mal durch das Tatbestandsmerkmal 'Marktbeeinflussung' zu erfassen." Ebenda, S. 156.

2) Ebenda, S. 136.

3)
a. Ebenda, S. 139.
b. Man vgl. dazu auch den Text der oben (S. 188) dargestellten BW.

Die Antwort auf die Frage, ob der Inhalt wettbewerbsbeschränkend ist, hängt einzig und allein vom Begriff der in diesem Zusammenhang relevanten Handlung (Wettbewerbshandlung) ab, der sich selbst wiederum grundsätzlich nach dem Zweck des §1 bestimmt:
Nach der Definition der Wettbewerbshandlung durch MH gibt es zwei Merkmale, durch die sich eine Wettbewerbshandlung von der Menge der übrigen Handlungen abhebt:

Sie muß 1. auf den Markt bezogen sein und
2. ihrem Wesen nach geeignet sein, die Chancen der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzielen, zu verschlechtern. [1]

Zu 1: Abstrakte Marktbezogenheit genügt

Die Benennung der "Marktbezogenheit" macht hier nur noch einmal explizit, was sich schon aus der Marktteilnehmereigenschaft der Unternehmen als Handlungsträger ergibt: Daß nämlich nur solche Handlungen für den im obigen Sinne verstandenen Wettbewerb von potentieller Relevanz sind, die sich

"auf die Geschäfte mit den Partnern auf der Marktgegenseite beziehen." [2]

Darauf kommt es MH an. Alle übrigen Unternehmenshandlungen fallen in den Bereich der "internen Dispositionen" [3]. Es wird ihnen keine Bedeutung für den Wettbewerb zuerkannt.
In Grenzfällen ist oft schwierig zu entscheiden, in welche der beiden Kategorien eine Handlung einzuordnen ist. Die Meinung des Frankfurter Kommentars, der die Motive der Unternehmen erforschen möchte, um danach abzugrenzen (vgl. S. 69), verwirft MH - offenbar aus Gründen der Rechtssicherheit.

---

1) Ebenda, S. 129/130.
2) Ebenda, S. 130.
3) Ebenda, S. 130.

Er fordert, auf objektive Kriterien abzustellen:

> "Ist eine Maßnahme objektiv derart auf den Markt bezogen, daß sie ihrem Wesen nach geeignet ist, sich auf den Markt auszuwirken... so ist sie Wettbewerbshandlung auch dann, wenn diese Wirkung nicht beabsichtigt ist." [1]

Wobei er mit "ihrem Wesen nach geeignet" die abstrakte Eignung - "also abgesehen von den Umständen des konkreten Falles" [2] - meint.
Daß nach dieser Ansicht

> "letztlich jede unternehmerische Maßnahme" [3]

marktbezogen ist, stört ihn nicht.

Zu 2: Abstrakte Markterheblichkeit

Eine Handlung, die abstrakt marktbezogen ist, braucht noch nicht abstrakt markterheblich zu sein. [4] Abstrakt markterheblich ist eine abstrakt marktbezogene Handlung erst dann, wenn sie

> "abstrakt - also abgesehen von den besonderen Umständen des konkreten Falles -"

geeignet ist,

> "sich zugunsten des Marktpartners auszuwirken." [5]

und damit den Wettbewerb positiv zu beeinflussen. [6]

---

1) Ebenda, S. 130.
2) Ebenda, S. 133.
3) Ebenda, S. 130.
4) Umgekehrt sind für MH offenbar auch abstrakt markterhebliche Handlungen denkbar, die nicht abstrakt marktbezogen sind.
Andernfalls brauchte MH nicht beide Merkmale zur Kennzeichnung der Wettbewerbshandlung verwenden.
5) Ebenda, S. 133.
6) Mit "Markterheblichkeit" will MH die wettbewerbliche Bedeutung einer marktbezogenen Handlung erfassen.
Unmittelbarer Maßstab dafür ist der Wettbewerb.
Sprachlich treffender wäre es deshalb u.A., nicht von "Markterheblichkeit", sondern von "Wettbewerbserheblichkeit" zu sprechen: nicht der Markt schlechthin, sondern der Wettbewerb ist Beziehungspunkt.

Somit ergibt sich, daß sich der Inhalt der beiden genannten Merkmale der Wettbewerbshandlung nach dem oben beschriebenen Wettbewerbsbegriff des §1 ausrichtet.
Wird die Freiheit zu einer derartigen abstrakt marktbezogenen und abstrakt markterheblichen Handlung durch Vereinbarungen beschränkt, so ist dem Tatbestandselement BW genügt.

b. Zur Auslegung der Eignung zur BM

Von diesen Fragen, die sich im wesentlichen mit der abstrakten Eignung einer Handlung beschäftigen, den Wettbewerb positiv zu beeinflussen, ist nach MH streng die Frage zu trennen, ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auch in ihrer konkreten Gestalt -

> "also, wenn man die Marktstellung der daran beteiligten Unternehmen, den Inhalt der getroffenen Abrede und alle in Betracht kommenden sonstigen Umstände gegenständlicher, zeitlicher und räumlicher Art berücksichtigt," [1]

geeignet ist,

> "die Chance der Marktgegenseite"

zu verringern,

> "günstigere Bedingungen dadurch zu erzielen, daß der Geschäftspartner mit der Abwanderung zu einem Konkurrenten rechnen muß." [2]

Diese Frage ist besonders wichtig, denn nicht jede BW besitzt diese konkrete Eignung [3]: um die Rechtsfolge des §1 auszulösen, sei es erforderlich, daß die durch die BW erfaßten Beschränkungen auch gewisse Elemente der "Quantität und Intensität" enthalten, die im Rahmen der Eignung zur BM zu prüfen sind. [4]

---

1) Ebenda, S. 155.
2) Ebenda, S. 156.
3) Zwischen BW und Eignung zur BM sieht MH also eine Beziehung i.S. der Folgetheorie.
4) a. Ebenda, S. 157.
b. MH verweist in diesem Zusammenhang auf Benkendorff →

Wortlaut und Sinn des Gesetzes verlangten, daß es sich nicht nur um eine theoretische, sondern um eine nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als real zu bezeichnende Beeinflussung handele. [5] Erforderlich sei, daß der Vertrag oder Beschluß nach allgemeiner Lebenserfahrung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zur Beeinflussung führe. Für den Test genüge ein hypothetisches Urteil darüber, ob mit dem Eintritt der Beeinflussung wahrscheinlich zu rechnen sei. [6]

Um die Schwelle zur geforderten konkreten Eignung zu kennzeichnen, schließt sich MH der seiner Auffassung nach in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegenden Ansicht an:

Er meint,

> "daß eine Beschränkung der Marktverhältnisse dann nicht anzunehmen sei, wenn den Partnern auf der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten in solchem Umfange bleiben, daß ihnen weder materielle Nachteile noch unzumutbare Unbequemlichkeiten entstehen." [7]

Bleiben nicht genügend Ausweichmöglichkeiten, so ist das Schutzobjekt des §1 - der Wettbewerb (bzw. die relevanten Chancen der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzielen) - in rechtserheblicher Weise betroffen.

(Dr.jur., Ministerialdirigent in Hannover) als typischen Vertreter einer gegenteiligen Ansicht. Benkendorff wies 1962 besonders auf die Bedeutung dieser Frage für die Anwendung des §1 hin:
"Dabei ist für die Wirtschaftspraxis, die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte und das Verfahren der Kartellbehörden von besonderer Bedeutung geworden, ob dem Begriff 'Marktverhältnisse' ein Element der Quantität und dem Begriff 'beeinflussen' ein solches der Intensität innewohnt oder ob bereits eine geringfügige Beeinflussung in einem geringen Marktbereich ausreicht."
Benkendorff, G., Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in §1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen? In: WRP 1962, 146.

5)
a. Ebenda, S. 156, 157.
b. MH begründet diesen Satz nicht. Er verweist auf die Ausführungen des BGH v.7.6.1962,in:WuW/E BGH 491 "Spar".

Bei der Prüfung der Eignung zur BM sei - so MH im Anschluß an Lieberknecht (Anmerkung zu WuW/E BGH 137 "Gesangbuch") - für den Rechtsgedanken einer "rule of reason" kein Platz.

Begründung:

> "Während... Tatbestände der Rule of Reason eine richterliche Interessenabwägung erfordern, stellt die Prüfung, ob die Eignung zur Marktbeeinflussung gegeben ist, eine Frage der Tatbestandsmäßigkeit dar..." 8)

V. Bemerkungen

Meyer-Cording hatte ausdrücklich verzichtet, bei seinem der Auslegung der BW zugrundegelegten Wettbewerbsbegriff auch auf die Folgen eines sich nach individueller Zielsetzung abwickelnden Wettbewerbs abzustellen (vgl. o. S. 180). Erst in den durch §1 geschützten Wettbewerb bezog er im Rahmen der Eignung zur BM solche Folgen mit ein (vgl. S. 185).
Bei MH sind der für die BW kennzeichnende und der durch §1 geschützte Wettbewerb im Hinblick auf die Art der implizierten Zielsetzungen gleich: Dem wettbewerblichen Grundsachverhalt, der nur individuelle Zielsetzungen kennt (vgl. S. 189), wurde mit der "Chance der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzeilen" (vgl. S. 196) ein bei der Auslegung relevanter Tatbestandselemente dominierendes Folge-Merkmal (vgl. Meyer-Cording S. 179) beigegeben.

Der MH zur Auslegung der BW dienende Wettbewerb ist damit als Wettbewerb im Sinne einer "bewußten Veranstaltung", eines "Sozialprinzips" anzusprechen.

---

6) Ebenda, S. 157.
7) Ebenda, S. 157.
8) Ebenda, S. 158.

Weist die ihm zugeordnete BW gewisse, durch das Tatbestandselement Eignung zur BM erfaßte Quantitäts- bzw. Intensitätsmerkmale auf, wird der durch §1 repräsentierte Schutz wirksam. Eine qualitative Schranke, etwa eine Änderung in der Art der Zielsetzungen, ist damit nicht verbunden.

VI. Zusammenfassend ist festzuhalten

1. MH geht aus 1. von einem wettbewerblichen Grundsachverhalt, der - so MH - allen Wettbewerbsbegriffen zugrunde liegt und 2. von den Ansichten Benischs zum Schutzzweck des §1.

2. Er sieht das Schutzobjekt dieses § - den Wettbewerb - in den Chancen der Marktpartner, beim Abschluß von Geschäften Vorteile zu erzielen. Am Wettbewerb ist bemerkenswert:

   a. Er ist Wettbewerb im Sinne einer Institution, einer bewußten Veranstaltung, eines Sozialprinzips. Die individuellen Zielsetzungen der Beteiligten verblassen fast völlig im Hintergrund.
   b. Wettbewerb, wie er der Auslegung der BW zugrunde liegt, und Wettbewerb, dessen Beschränkung die Rechtsfolge des §1 auslöst, sind qualitativ gleich. Unterschiede bestehen höchstens hinsichtlich Quantität und Intensität der Wettbewerbsmerkmale.

3. Anhand dieses Schutzobjektes und der gegebenen Tatbestände des §1 bemißt er den Inhalt der BW (vgl. o. S. 188) und der Eignung zur BM (vgl.o. S. 202 ff).

4. Zwischen Vertrag (bzw. Beschluß) und BW sieht er ein Verhältnis der Gegenstandstheorie (vgl. S. 199), zwischen BW und BM ein Verhältnis im Sinne der Folgetheorie (vgl. o. S. 202).

Zweiter Teil: Problemkreise und typische Meinungen

Versuchen wir, Gemeinsames bei den Konzepten zu ergründen:

A. Zur erkennbaren Rangfolge der Problemkreise

Der phänomenologische Aufriß ließ in den einzelnen Konzepten einen Zusammenhang der Problemkreise zutage treten, der sich in allen Konzepten mit geringen Abweichungen wiederholt:
Anknüpfungspunkt für uns war in allen Konzepten die jeweils vorgeschlagene Auslegung des Tatbestandselements BW. Die Auslegungsvorschläge folgten aus bestimmten Wettbewerbsvorstellungen, die ihrerseits wieder aus einem Komplex leitender Gedanken deduziert wurden. Die "leitenden Gedanken", zu denen insbes. solche zum Schutzobjekt des GWB sowie zu dessen §1 gehören, repräsentieren - bildlich gesprochen - den höchsten Problemkreis. Die Formulierung der jeweiligen Wettbewerbsvorstellungen ist ein nachgeordneter Problemkreis, dem wiederum alle Problemkreise untergeordnet sind, die sich mit der konkreten Auslegung der Tatbestandselemente des §1 befassen, insbes. mit

1. dem Problem der Auslegung der BW,
2. der Frage des Verhältnisses von Vertrag bzw. Beschluß zur BW,
3. sowie der Frage der Auslegung der "Eignung zur BM".

B. Typische Meinungen innerhalb der einzelnen Problemkreise

Zu den einzelnen Problemkreisen lassen sich - cum grano salis - typische Meinungen unterscheiden:

I. Bei den "leitenden Gedanken": die verschiedenen Ansichten zum Schutzobjekt des GWB aus der Sicht des §1

In der Literatur wird die Frage nach dem Zweck des §1 GWB zusammen mit der nach dem Zweck des GWB überhaupt aufgeworfen und beantwortet. [1] Ob dieses Vorgehen adäquat ist, sei dahingestellt. Es ist anzunehmen, daß der Schutzzweck eines einzelnen § enger ist, als der des ganzen GWB.
Soweit in den von uns untersuchten Konzepten Ansichten generell zum Schutzobjekt des Gesetzes geäußert wurden, gelten sie auch für die Auslegung des §1. Inwiefern sie für die anderen §§ des Gesetzes Gültigkeit beanspruchen [2], braucht hier nicht zu interessieren.

---

1)
a. Lukes, R., ...a.a.O., S. 185.

b. Knöpfle, R., Der... a.a.O., S. 150:

"Wie beim UWG werden auch beim GWB die Ziele der an die Spitze des Gesetzes gestellten allgemeinen Norm gewöhnlich mit denen des ganzen Gesetzes gleichgestellt. Wenn in der Rechtsprechung und Literatur von 'den' Zielen des GWB gesprochen wird, so sind gewöhnlich die Ziele des Kartellverbots gemeint; dies, obwohl manche Vorschriften des Gesetzes Zwecke verfolgen, die sich mit denen des §1 GWB nicht decken und ihnen teilweise sogar zuwiderlaufen."

2) Beispielhaft für die hiermit verbundene Problematik sind die Ansichten einiger Vertreter d. sog. Institutionsschutzgedankens:
Ewald (vgl.o.S. 30 ff) beschränkt sich bei der Betrachtung des Schutzobjektes nur auf §1.

Würdinger, auf dem die meisten Autoren, die den Institutionsschutzgedanken vertreten, fußen, betont ausdrücklich, daß sich seine Ausführungen nur auf die Kartellparagraphen (Abschnitt I des Regierungsentwurfes, entsprechend des §§ 1-14 des GWB) beziehen.
Man vgl. Würdinger, H., Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.⟶

Die Ansichten über das Schutzobjekt des §1 können in drei Gruppen eingeteilt werden [1]:

a. Ökonomische Vorteilhaftigkeit

Der ersten Gruppe sind alle Ansichten zuzurechnen, die das Ziel des Gesetzes im Schutz eines ökonomische Vorteile bewirkenden Wettbewerbs sehen. In dieser Kategorie sind zwei Varianten zu unterscheiden:

1. Wettbewerb wird wegen seiner gesamtwirtschaftlichen Funktionen aus gesamtwirtschaftlichen Interessen geschützt; so im Interesse der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls (Benisch, S. 17), z.B. durch Förderung ökonomischer Gerechtigkeit in Form leistungsmäßiger Einkommensverteilung (Günther, S. 40), die er als Motor für Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung (Sölter, S. 94) bewirkt.

Strickrodt folgt Würdinger, indem er sich auf die Ausführungen Würdingers stützt, spricht aber unmittelbar nachfolgend von der "ganzen Konzeption des Gesetzes" und läßt den Leser im Ungewissen, wie weit er hiermit den Rahmen für den Schutzzweck gesteckt wissen will.
Man vgl.: Strickrodt, G., Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957, 81.

Hefermehl, Leo und Benisch erkennen einigen Normen des Gesetzes Individualschutzzwecke zu, halten aber gleichzeitig daran fest, daß für §1 und die Mehrzahl der übrigen Vorschriften einzig und allein der Wettbewerb als Institution Schutzobjekt sei.
Man vgl. dazu: Hefermehl, W., Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, 1955, S. 297/298.
Leo, H.C., Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485.
Benisch, W., Gem.K., 2. Aufl., S. 865 ff.

1) Man vgl. hierzu die zahlreichen Literaturangaben bei:

a. Brugger, G., ...a.a.O., S. 470.

b. Koenigs, F., Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041. →

2. Wettbewerb wird primär wegen der mit ihm verbundenen individuellen Vorteile geschützt, die im Wettbewerbsprozeß wechselseitig auftreten: So ist es z.B. für jeden einzelnen Nachfrager ökonomisch vorteilhaft, wenn unter den Anbietern ein dauernder Anreiz zur Leistungssteigerung wirksam ist und nur der leistungsfähigste zum Zuge kommt.
Das gleiche gilt mutatis mutandis für jeden Anbieter im Hinblick auf die Nachfrageseite.
Zwar führt die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Gütern und Leistungen nach dem jeweils günstigsten Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung (Borchardt/Fikentscher, S. 51) und auch zum erwünschten Gemeinwohl, jedoch sei mit einer primären Abstellung darauf nichts gewonnen (Knöpfle, S. 157).

b. Freiheit

Der zweiten Gruppe sind alle Ansichten zuzurechnen, die das Ziel des Gesetzes im Schutz gewisser Freiheiten von bestimmten Individuen sehen:
Lukes (vgl. S. 192/193) ist ein typischer Vertreter dieser Meinung. Geschützt werden sollen vor allem die übrigen Marktbeteiligten vor Kartellabsprachen, da diese geeignet sind, ihre individuellen Freiheitssphären - insbesondere im Hinblick auf die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit und/oder Dispositionsmöglichkeiten - zu vermindern.

---

c. Benisch, W., Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, 764 ff.

d. Sauter, H., Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Mainz 1964, S. 73 ff.

c. Freiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit

Nach Brugger (vgl. S. 81), Baumbach-Hefermehl (S. 108 ff) und Schmitz (S. 136 ff) schützt §1 sowohl die Freiheit wie auch die ökonomische Vorteilhaftigkeit.

d. Begriffliche Erläuterungen

Die ersten beiden Gruppen werden oft auf verschiedene Weise bezeichnet [1], insbesondere wird überwiegend von juristischer Seite - in Verbindung mit der ersten Gruppe, von Wettbewerb als einer Institution der Volkswirtschaft gesprochen, deren Schutz das Gesetz bezwecke. [2]

---

1) Im Schrifttum werden die beiden "Zielsetzungen" durch unterschiedliche Attribute einander gegenübergestellt, als

wirtschaftspolitische bzw. gesellschaftspolitische Zielsetzung (vgl. Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einl.z.GWB, Anm. 4, 5),

wirtschaftspolitisches bzw. rechtspolitisches Ziel (vgl. Benisch, W., WuW 61, 765),

wirtschaftsverfassungsrechtliche bzw. individualrechtliche Betrachtungsweise (vgl. Sauter, H., ...a.a.O., S. 74),

sozialrechtliche (= wirtschaftspolitische, genauer ordnungspolitische) bzw. individualrechtliche Auffassung (vgl. Knöpfle, R., Der... a.a.O., S. 150),

wirtschaftspolitische und zugleich sozialpolitische Zielsetzung und als Schutz der individuellen Interessen der beteiligten Marktteilnehmer (Leo, H.C., Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, S. 487),

wirtschaftspolitische (im weitesten Sinne ökonomische) bzw. freiheitliche (d.h. rechtliche) Zielsetzung (vgl. Biedenkopf, K., Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958, S. 152), →

Wollte man Griesbach folgen, so brauchten sich die Nationalökonomen mit der Unterscheidung zwischen Institutionsschutz und Individualschutz überhaupt nicht zu beschäftigen, denn

> "für den Wirtschaftswissenschaftler ändert sich dadurch nichts am Wesen des Schutzobjektes des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen." 3)

Diese Ansicht Griesbachs kann unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten nur hingenommen werden, wenn erwiesen ist, daß zwischen den mit "Schutz des Wettbewerbs als Institution" und mit "Individualschutz" bezeichneten Sachverhalten in jedem Fall eine Beziehung derart besteht, daß ein Mehr von dem einen auch ein Mehr von dem anderen (und umgekehrt) bedingt.
Dieses Problem, mit dem wir uns u.a. im dritten Teil der Arbeit beschäftigen, soll hier eine begriffliche Klärung erfahren.

---

wirtschaftspolitische und persönlichkeitsrechtliche Zielsetzung (vgl. Merz, H., Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 256),

wirtschaftspolitische bzw. sozial- und rechtspolitische Zielsetzung (vgl. Brugger, G.,... a.a.O., S. 468).

2) Das mag z.T. daran liegen, daß - wie man aus dem Teil I der Arbeit sieht - sich überwiegend Juristen mit dem Wettbewerb in §1 GWB befaßt haben. Man vgl. z.B. ebenda S. 17 (Benisch), S. 30 (Sauter), S. 78 (Brugger), S. 136 (Schmitz), S. 149 ff (Knöpfle).

3) Griesbach, B., Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1962, 1013 .

1. Zum Schutzobjekt: Wettbewerb als Institution

Der Gebrauch des Wortes "Institution" zur Bezeichnung der in der ersten Gruppe zusammengefaßten Sachverhalte ist umstritten. Knöpfle [1] z.B. hat sich gegen die Verwendung dieses Wortes gewandt, weil der dahinterstehende Begriff für den Wettbewerb nicht zutreffe. Offenbar verbindet Knöpfle mit "Institution" die Vorstellung von "Dingen", die sich nicht von selbst ergeben, sondern geschaffen werden müssen, denn zur Begründung seiner These gibt er zu überlegen, daß sich ja Wettbewerb "von selbst" ergebe, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt seien:

1. Wirtschaftsfreiheit gewährleistet ist. Darin liege die "wesentliche institutionelle Voraussetzung des Wettbewerbs." Sie werde vom Staat geschaffen.
2. Mehrere Beteiligte auf einer Marktseite stehen. Diese Voraussetzung werde nicht vom Staat geschaffen. Ob sie eintrete, bleibe der freien Entwicklung der Wirtschaft überlassen.

Es ist hier nicht der Ort, diese Begründung Knöpfles in extenso zu diskutieren. Gegen diese Argumentation kann jedoch u.A. nach eingewandt werden, daß sie am Hauptproblem des §1 vorbeigeht:
Sie erfaßt z.B. keinesfalls einen bestehenden Wettbewerb, der mit Hilfe der gleichen Voraussetzungen, aus denen er sich ergibt bzw. ergeben hat, durch die Wettbewerber (z.B. durch Selbstbeschränkung der Wirtschaftsfreiheit) ausgeschaltet werden soll. Das Hauptproblem des §1 ist aber gerade, einen bestehenden Wettbewerb zu schützen.

---

[1] Knöpfle, R., Der... a.a.O., S. 151, Fußnote 19.

Die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs ist wirtschaftspolitisches Problem, dessen Lösung sich ebenfalls nicht von selbst einstellt, sondern die durch wirtschaftspolitische Maßnahmen - wie z.B. den Entzug von gewissen Wirtschaftsfreiheiten - geschaffen werden muß.

Das begriffliche Problem zeigt sich am besten, wenn man auf die ursprüngliche Bedeutung von "Schutz des Wettbewerbs als Institution" zurückgreift und diese dem juristisch üblichen Begriff der "Institution" gegenüberstellt.

Als erster hat wohl Würdinger in Zusammenhang mit den Kartellvorschriften des GWB Wettbewerb als "Institution" bezeichnet. [1] Ausgangspunkt, um den Wettbewerb als Institution zu deklarieren, war für Würdinger die Ablehnung des Schutzes der individuellen Freiheit durch das Gesetz.
Seine These: Weder im Text des Gesetzes noch in der amtlichen Begründung noch in den bekannten Thesen Erhards lasse sich ein Anhaltspunkt für einen solchen Schutz durch §1 GWB finden. [2] Ein solcher lasse sich auch nicht aus der Wirtschaftsverfassung [3] ableiten, die sogar erlaube, durch weitgehende Lenkungsmaßnahmen der wirtschaftlichen Freiheit den Boden zu entziehen.

---

1) Würdinger, H., Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: WuW 1953, 722:

"Auf diese Marktwirtschaft nun nimmt das Kartellgesetz Bezug, indem es den Wettbewerb als eine Institution desselben vor Beeinträchtigungen schützt."

2) Ebenda, S. 726.

3)
a. "Zur Wirtschaftsverfassung rechnen wir jene verfassungsrechtlichen Normen, welche den Rahmen und die Formen festlegen, innerhalb deren die Wirtschaftskräfte sich entfalten können." Ebenda, S. 722 .

Die bestehende Marktwirtschaft wäre am ehesten als Zustand aufzufassen, dessen Existenz in der gegebenen politischen Konstellation begründet liege. [1] Diese sei darauf gerichtet, den Wettbewerb als Institution zu erhalten, was nach Würdinger bedeutet, daß die Vorstellung vom Wettbewerb in dem Wert der Gesamtheit [2], in volkswirtschaftlicher Überlegung [3] wurzelt. Die Freiheit des Einzelnen hingegen wäre nur Mittel zum Zweck, dieser zu dienen bestimmt. Insofern sei sie nur Reflex des nach gesamtheitlichen Wert und volkswirtschaftlichen Überlegungen ausgerichteten Wettbewerbs. [4]

---

b. Die These wird z.B. von Nipperdey bestritten, der ihr seine These entgegensetzt: "Die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft ist im Grundgesetz festgelegt." Vgl. WuW 1954, 211 ff. Auf Nipperdey stützen sich die der "verfassungsrechtlichen Begründung" anhängenden Vertreter des Freiheitsschutzgedankens (vgl. S. 222 ff).

1) Ebenda, S. 722.

2)

a. Ebenda, S. 724.

b. Hierzu sei auf eine vorübergehende, sich insbes. in der NS-Periode durch höchstrichterliche Rechtsprechung anbahnende Entwicklung der Auslegung des - sonst Individualschutzgedanken folgenden - UWG im Hinblick auf den "Wert der Gesamtheit" verwiesen.
Der Gedanke kommt besonders in drei Urteilen zum Ausdruck, die das Verschenken von Waren zu Werbezwecken zum Gegenstand haben. Es sind dies die Fälle "Schuhcreme" (vgl. RG JW 1936, 2073), "Persil" (vgl. RG JW 1938, 117 ff), "Lockenwickler" (vgl. RG MuW 1939, 363 ff). In den angeführten Urteilen erachtete das Reichsgericht die Schenkung als unlauter, weil diese Werbemethode das Interesse der Allgemeinheit verletze. Aus diesem Grunde sei die unentgeltliche Zuwendung von Waren grundsätzlich sittenwidrig.
Würdinger hat diese Urteile ausführlich kritisiert (vgl. Schenkung als Werbemaßnahme, in: WuW 1955, 73).

Wie die in der ersten Gruppe zusammengefaßten Autoren und viele andere [5] zeigen, fand diese Ansicht Würdingers eine zahlreiche Anhängerschaft.

Folgt man der auf juristischem Gebiet wohl herrschenden Meinung, so hat man unter "Institution" ein überindividuelles objektives Ordnungsgebilde zu begreifen, das bestimmte Realtypen menschlicher Sozialbeziehungen unabhängig von konkreten und zufälligen Partnern, von ihrem Kommen und Gehen, ja sogar von ihrer Existenz, in ihrer Regelhaftigkeit bezeichnet. [6]

---

3) Mit "volkswirtschaftlichen Überlegungen" meint Würdinger solche, die nach der "Vorstellung des ökonomischen Nutzens der Gesamtheit", nach materiellem Erfolg ausgerichtet sind. Man vgl. ebenda, S. 726.

4) Es "bewirkt... die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs eben auch die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen; diese Freiheit ist die Konsequenz, der Reflex des Wettbewerbs als Institution." Ebenda, S. 726.

5) z.B.:

Möhring, P., Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff.

Benkendorff, G., Freie Berufe und Kartellgesetz, WuW 1956, 20 ff.

Ballerstedt, K., Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267 ff.

Rasch, H., Wettbewerbsbeschränkungen. Kartell- und Monopolrecht, 1957, S. 37.

Leo, H.C., Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff.

Hellwig, F., Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff.

Ulmer, P., Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Rahmen von Unternehmerzusammenschlüssen, WuW 1960, 163 ff.

Benisch, W., Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, 764 ff, insbes. S. 768.

Sauter, H., ...a.a.O., S. 108.

Ein Vergleich dieses Begriffes der Institution mit dem Würdingers ist schwierig, denn die Merkmale beider Begriffe stammen aus verschiedenen Bereichen. Eines darf jedoch als sicher angesehen werden: Wenn volkswirtschaftliche Überlegungen ins Blickfeld rücken, die sich am ökonomischen Nutzen der Gesamtheit orientieren, so ist es wirtschaftspolitisch unzulässig, die Individuen einer Wirtschaft zu vergessen. Sie verlangen insbesondere auf dreierlei Weise berücksichtigt zu werden:

1. In einem System dezentraler Wirtschaftslenkung kann ein ökonomischer Nutzen der Gesamtheit - wenn überhaupt - nur mit Hilfe individueller Nutzenvorstellungen konstruiert werden. Die beiden Varianten der ersten Gruppe z.B. beachten diese Tatsache in unterschiedlicher Weise:
Im Fall der ersten Variante liegt der Maßstab für das Ziel, dem der Wettbewerb dienen soll, nicht beim Individuum. Hier steht der Wettbewerb im Dienste eines anthropomorphistischen Gebildes, das als überpersönliche Einheit angesehen wird [7], die eigene Zwecke und Ziele in Anbetracht eigener "Nutzenvorstellungen" setzt.

Bei der zweiten Variante hingegen dient der Erfolg durch Leistung und Besserleistung bei der Verfolgung individueller Ziele - denen individuelle Vorstellungen über Nutzen bzw. Nützlichkeit zugrunde liegen - als Maßstab für die Effizienz des Prozesses.

---

6) Man vgl. hierzu:
Henkel, H., Einführung in die Rechtsphilosophie, München-Berlin 1964, S. 261 ff, insbes. S. 264.

7) Hoppmann, E., Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F., Bd. 48, 1968, S. 19.

2. Die Nachfrage nach Gütern liegt in den Händen einzelner Verbraucher und Konsumenten. Sie entscheiden, welche Güter, welcher Qualität, zu welchen Preisen, in welchen Mengen, wann, bei wem usw. nachgefragt werden.

3. Die Produktion von Waren und Dienstleistungen liegt in den Händen der einzelnen Produzenten. Sie entscheiden in entsprechendem Sinn über das Angebot.
Wettbewerbsmodelle der Theorie, die ökonomische Probleme wie z.B. das fundamentale Problem der Knappheitsminderung [1], das Planungs- [2], Leistungs- [3] oder Interessenproblem [4] in volkswirtschaftlich optimaler Weise lösen, gehen dabei von einem bestimmten, gegebenen Verhalten der planenden und entscheidenden Individuen aus, das entweder unmittelbar festgelegt wird (z.B. der Anbieter nimmt den Preis vom Markt) oder mittelbar, indem man eine gegebene individuelle Zielsetzung unterstellt (z.B. Gewinnmaximierung).
Sind auf diese Weise die aus der menschlichen Willensfreiheit erwachsenden Probleme eliminiert, wird das, was vom Wettbewerb in einem Modell übrig bleibt, zur Mechanik.
Einen solchen Wettbewerb kann man nach u.A. auch als überindividuelles objektives Ordnungsgebilde bezeichnen, da hier gerade von den spezifisch subjektiven Momenten, die im freien wirtschaftlichen Leben eine entscheidende Rolle spielen, abstrahiert ist. Der Mensch als Problem ist ausgeschaltet. Anders liegen die Dinge hingegen in der wirtschaftlichen Realität. Hier ist für den einzelnen Menschen nicht nur das Verhalten des anderen, ihm im Wirtschaftsleben begegnenden Problem, sondern insbesondere auch sein eigenes Verhalten, sofern er

---

1) Hensel, K.P., Marktwirtschaft. Wirtschaftsordnungen bürgerlicher Planung, Hannover 1965, S. 12.
2) Ebenda, S. 14.
3) Ebenda, S. 16.
4) Ebenda, S. 16.

sich z.B. nicht selbst aufgibt. Zwar kann man zeitweise in der Realität die aus Wettbewerbsmodellen unter Verhaltensannahmen abgeleiteten Aussagen bestätigt finden, jedoch können solche "typischen" Erscheinungen jederzeit durch "unpassendes" Verhalten der Marktteilnehmer unterbrochen werden. Für den "praktischen" Wirtschaftspolitiker, dem auch die Ordnung der Marktprozesse - z.B. mit Hilfe des §1 GWB - obliegt, ergibt sich daraus, daß für ihn das Verhalten der Individuen Problem sein muß. Wollte er Wettbewerb im Sinne eines "überindividuellen objektiven Ordnungsgebilde" auffassen, geriete er in die Gefahr, das für ihn unter volkswirtschaftspolitischen Gesichtspunkten relevante Problem des Verhaltens der wirtschaftenden Menschen zu übersehen. Um diese Gefahr zu meiden, wäre es u.A. nach angebracht, den Ausdruck "Institution" in Zusammenhang mit dem Schutzobjekt des §1 zu meiden und statt dessen davon zu sprechen, daß der Wettbewerb hier seiner ökonomischen Vorteilhaftigkeit wegen geschützt werden soll.

2. Zum Schutzobjekt: Freiheit

Als typische Vertreter des Freiheitsschutzgedankens werden in der wissenschaftlichen Literatur neben Lukes [1] vor allem Seydel [2] und Fikentscher [3] genannt. [4]

---

1) Lukes, R., ...a.a.O. (vgl. S. 192 ff/ S. 221, 226 ff unserer Arbeit).

2) Seydel, H., Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1957, 1300 ff.

3)
a. Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München-Berlin 1958.
b. Ders., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793 ff.

4) Man vgl. insbes. Sauter, H., ...a.a.O., S. 82 ff.

Die Antwort auf die Frage, was Schutz der Freiheit konkret bedeutet, z.B. welche Freiheit bei wem in welchem Umfange geschützt werden soll, wird von diesen Autoren unterschiedlich beantwortet:

aa. Darstellung der Freiheiten

Seydel spricht von "wirtschaftlicher Freiheit" [1] des einzelnen, von seiner "Freiheit der wirtschaftlichen Entschließung" [2]. Irgendwie sind für ihn in diesen Freiheiten Gewerbefreiheit und Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung enthalten. Genauere Angaben, z.B. durch Spezifikation der einzelnen Freiheiten, macht er jedoch nicht. Träger dieser durch das GWB geschützten Freiheiten ist offenbar für ihn jedes Wirtschaftssubjekt, denn er sieht im GWB einen ergänzenden Schutz von Freiheiten, die grundsätzlich schon durch die Verfassung geschützt sind. [3]
Dieser ergänzende Schutz ist deshalb notwendig,

> "weil auf wirtschaftlichem Gebiet die Vertragsfreiheit und die ungehemmte Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und des Zusammenschlusses zum Machtmißbrauch und zur Lähmung der wirtschaftlichen Bewegungsmöglichkeiten führen" [4] kann.

Im Hinblick auf die im Gleichheitsgrundsatz verfassungsmäßig fixierte Idee der Gerechtigkeit sei der Freiheitsspielraum des einzelnen auf wirtschaftlichem Gebiet deshalb so zu gestalten, daß die Gewerbefreiheit und darüber hinaus die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung

---

1) Seydel, H., ...a.a.O., S. 1300.
2) Ebenda, S. 1300.
3) "Das WettbBG ist ein Grundgesetz, das seiner Natur nach die notwendige Ergänzung und Ausfüllung der Verfassung ist." Ebenda, S. 1300.
4) Ebenda, S. 1300.

> "in gleichheitlicher Bindung im Rahmen des Möglichen jedem gesichert bleiben, weil nur in der Gleichheit, der gleichen Freiheit, die Gerechtigkeit liegt." [1]

Fikentscher vertritt die Ansicht, daß GWB schütze in erster Linie zwei "Wettbewerbsfreiheiten" [2]:

1. Die Freiheit der Mitbewerber, worunter er die

> "grundsätzlich freie Möglichkeit der Mitbewerber"

verstanden wissen möchte,

> "Geschäftsbedingungen den Kunden möglichst günstig anzubieten, um durch Kundschaft möglichst viel zu verdienen..."

und

2. die Kundenfreiheit, die er als die

> "für den Kunden... grundsätzlich freie Möglichkeit zwischen den angebotenen Alternativen zu entscheiden..." [3]

auffaßt.

Im §1 geht es Fikentscher jedoch vordringlich um die Kundenfreiheit. Die Freiheit der Mitbewerber - mit der hier in der Regel nicht die Freiheit potentieller Kartellaußenseiter gemeint ist [4] - wird gegen Selbstbeschränkungen nur in dem Umfang geschützt, in dem sie zu einer Beschränkung der Kundenfreiheit, der Kundenalternativen, d.h. einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung führt. [5]

---

1) Ebenda, S. 1300.

2) Fikentscher, W., Wettbewerb, ...a.a.O, S. 227.

3) Ebenda, S. 227.

4) Fikentscher spricht zwar an einer Stelle von einem Boykott zur Vernichtung einzelner Mitbewerber, der dann unter §1 falle, wenn sich z.B. mehrere Verrufer zur gemeinsamen Durchführung des Boykotts verpflichtet haben. Weist jedoch zugleich darauf hin, daß dies ein äußerst seltener Fall sei, da das GWB den Boykott vor allem in den §§ 25, 26 und 38 Abs. 2 treffe, wo es auf diese Voraussetzungen nicht ankomme. Man vgl. ebenda, S. 254.
Der Schutz der Außenseiter durch §1 müßte dann u.A. nach als Inhalt der "materiellen Wettbewerbsbeschränkung" (man vgl.o.S.59) angesehen werden.

Lukes schließlich kommt es im §1 - wie oben S. 192 ff dargestellt - auf den Schutz der

1. Entschließungsfreiheit oder Dispositionsfreiheit

und auf den Schutz der

2. Grenzbereiche der Vermögen

an. Der Träger beider Schutzobjekte ist der jeweilige Einzelrechtsgeschäftspartner des Kartells oder der Kartellbeteiligten, von dem Lukes auch als "Dritten" spricht. Außenseiter des Kartells werden in den Schutz nicht einbezogen. [6] Der von ihm gewünschte Umfang des Schutzes läßt sich in der Formel zusammenfassen: Ist der Vertrag geeignet, Reflexwirkungen hervorzubringen, welche die Position Dritter beim Abschluß späterer Einzelrechtsgeschäfte verschlechtern, so sind die schutzwürdigen Bereiche der Dritten tangiert. [7]

---

5) Fikentscher übernimmt hier den bei Borchardt/Fikentscher entwickelten Begriff der materiellen Wettbewerbsbeschränkung. Man vgl. Fikentscher ...a.a.O., S. 46:

"Auf die Einzelheiten... von formalen und materiellen Wettbewerbsbeschränkungen braucht hier nicht noch einmal eingegangen zu werden."

6) Zur Unterscheidung zwischen Außenseitern und Dritten vgl. man z.B. Lukes ...a.a.O., S. 153:

"Nur wenn der Dritte ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten mit Außenseitern Rechtsgeschäfte abschließen kann..."

Oder ebenda, S. 154:

"Je stärker jedoch die unbeteiligten Dritten auf den Abschluß mit einem- oder bei Vorhandensein von Außenseitern mit wenigen - angewiesen sind, desto freier ist dieser bei der Ausgestaltung der Einzelrechtsgeschäfte."

7) Lukes, R., ...a.a.O., S. 299.

bb. Unterschiedliche "leitende Gedanken"

Die Unterschiede der drei Meinungen, die - generell gesprochen - darin liegen, daß Seydel besonders auf die Verbundenheit zum Grundgesetz, Fikentscher auf die Mitbewerber- und Kundenfreiheit, Lukes dagegen nur auf die Freiheit des Kunden als Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung des Einzelrechtsgeschäftspartners abstellt, ergeben sich aus den speziellen Topoi, aus denen die drei Autoren ihre Ansichten ableiten.

Biedenkopf [1] und Günther [2] liefern die Quellen, auf die sich Seydel [3] für seinen Freiheitsschutz beruft. Damit steht er nicht allein, denn auch Brugger (vgl. S. 79) und der BH-Kommentar (vgl. S. 110) als Vertreter der dritten Gruppe stützen ihre freiheitliche Zielsetzung auf die gleichen Quellen. [4] Während Günther die Wettbewerbsfreiheit nur programmatisch [5] - wie Seydel meint - in den Vordergrund der Rechtsauslegung gerückt hat, verweist Biedenkopf schon auf die praktischen wirtschaftspolitischen Konsequenzen.

---

1) Biedenkopf, K.H., Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, vgl. a.a.O.

2) Günther, E., Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1957, 721 ff.

3) Seydel, H., ...a.a.O., S. 1300, Fußnoten 2 und 3.

4)
a. Brugger stützt sich allerdings neben der angegebenen Schrift Biedenkopfs noch auf Nipperdey. Man vgl. S. 79.

b. Der BH-Kommentar stützt sich wiederum nur auf die angegebene Schrift Günthers, im Hinblick auf Biedenkopf jedoch auf dessen "Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung", Vgl. S. 110.

5) Seydel, H., ...a.a.O., S. 1300.

Er ist der Ansicht, daß sich die Wettbewerbsordnung nicht durch ein Gesetz einführen lasse, sondern daß durch das generelle Kartellverbot nur dem Grundsatz "gleiche Freiheit für alle" zu seinem Recht verholfen wird. Wird dieser Grundsatz von einer Gesellschaftsordnung verwirklicht, so müsse unweigerlich daraus auch eine freie Wettbewerbsordnung erwachsen. Die Gefahren, die diesem Freiheitsprinzip aus dem wirtschaftlichen Gebiet drohen, erfordern aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit Eingriffe des Staates. Wegen der Freiheitsgarantie und nicht wegen der volkswirtschaftlichen Zielsetzung sei es richtig, daß dem Gesetz die Bezeichnung "Grundgesetz der Wirtschaft" zukomme. Im Vordergrund stehe daher die rechtspolitische Erwägung, die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu schützen. Das sei Ziel des Kartellverbotes.
Bemerkenswert ist vor allem die Ansicht Biedenkopfs, daß jegliche Absprache unter den Wirtschaftssubjekten zum Zwecke der Umgehung des Kartellverbots, auch wenn sie einzelwirtschaftlich noch so vernünftig erscheine, die Verwirklichung des Freiheitsgrundsatzes gefährde und damit die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung beeinträchtige. [1]
Er leitet sie aus den soeben angedeuteten rechtlichen Erwägungen ab [2], die im grundsätzlichen schon vor ihm Nipperdey angestellt hat. [3]

---

1) Biedenkopf, K.H., ...a.a.O., S. 32 ff.

2) "Bei der Entscheidung über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Wettbewerbsbeschränkungen stehen... nicht volkswirtschaftliche, sondern rechtliche Erwägungen... im Vordergrund." Ebenda, S. 33.

3) Man vgl. z.B.:
Nipperdey, H.C. Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.

Fikentscher stützt sich für seine Ableitungen auf andere Gesichtspunkte.
Da es ihm vor allem darauf ankommt, eine Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechtes im Sinne einer befriedigenden Systematik zu erreichen, greift er auf das ältere UWG zurück und sucht die Auslegung des GWB durch Anpassung an das UWG im Hinblick auf die Abstimmung der leitenden Gedanken beider Gesetze zu koordinieren.[1] Er plädiert daher z.B. auch für einen einheitlichen Wettbewerbsbegriff für beide Gesetze[2] und sieht sich darin durch Beiträge von Westermann[3] und Kummer[4] bestärkt. Ansatz für die Auffassung vom einheitlichen Wettbewerbsbegriff ist ein einheitliches Schutzobjekt, der Schutz der "wirtschaftlichen Betätigung", in dem er

> "das eigentliche und übergeordnete Rechtsgut des allgemeinen Wettbewerbsrecht"[5]

sieht.

Biedenkopf selbst bezieht sich ebenda, S. 33, Fußnote 85, auf Nipperdey, der"schon 1950 als erster auf die inneren Zusammenhänge zwischen den verfassungsmäßig gewährleisteten Grundrechten und einer bestimmten Wirtschaftsordnung hingewiesen" habe.

1) Kritisch hierzu Schmitz, s.o. S. 149.

2)
a. Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, ...a.a.O., S. 40.
b. Obwohl er der im Schrifttum allgemein vertretenen Ansicht zustimmt, daß sich rechtsgeschichtlich die Wettbewerbsbegriffe im UWG und Kartellrecht zweigleisig entwickelt haben. Ebenda, S. 31.

3) Westermann, H., Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956, S. 14:
"Eindeutig ist der hier gefundene Begriff auch dem UWG zu Grunde gelegt."

4) Kummer, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960.

Dieser Schutz sei deshalb so wichtig, weil er den Wettbewerb überhaupt erst zustande kommen lasse. [6] Aus dem Schutz der wirtschaftlichen Betätigung, der in der Tradition des UWG fest verankert ist [7], teilt er dem GWB einen besonderen Schutzabschnitt zu: Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung berge als "Grundlagen" zwei weitere Rechtsgüter in sich, die Freiheit und die Lauterkeit des Wettbewerbs. Ein Teil des Freiheitsschutzes umfaßt auch den Schutz erworbener Einzelgüter (im Sinne d. Theorie des Immaterialgutes, vgl. S. 225, Fußnote [7] 2.) vor "unlauteren" Zugriffen des Wettbewerbs.

---

5) Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, ...a.a.O., S. 227.

6) Ebenda, S. 226.

7) Das UWG folgt traditionsgemäß (zu den Ausnahmen vgl. man S. 214, Fußnote 2) b.) dem Individualschutzgedanken. Hierzu lassen sich zwei Haupttheorien unterscheiden:

1. Theorie des Persönlichkeitsrechts

Eine ältere Theorie, als deren Hauptvertreter Lotze (Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907, S. 145 ff) und Kohler (Der unlautere Wettbewerb, Berlin-Leipzig 1914, S. 17 ff) genannt werden können, sieht, ausgehend von einem einheitlichen Persönlichkeitsrecht, die Person in der Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit als geschützt an.

2. Theorie des Immaterialgutes

Eine jüngere Theorie erblickt im UWG den Schutz eines von der Person gelösten Rechtsgutes. Dieses Rechtsgut sieht sie im "Unternehmen", wobei das Wesen und die Rechtsnatur des Unternehmens sehr umstritten sind.

3. Andere Theorien

Außerdem werden als Schutzgegenstand des UWG noch das "Berufsethos" (H. Isaag), die "Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs" (Böhm, Elster, Nipperdey) und der "gesunde Wettbewerb" (Wehner) genannt.
Man vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, Wettbewerb und... a.a.O., S. 75.

Diesen Teil des Freiheitsschutzes und den restlichen Schutz vor der Unlauterkeit des Wettbewerbs weist er als Schutzobjekt dem UWG zu. Dem Schutz der übrigen, als Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung aufgefaßten Freiheit soll das GWB dienen. [1]

Für Lukes hingegen folgt der Individualschutz hauptsächlich aus seinen Erkenntnissen über die Außenwirkungen von Kartellen und der Bezeichnung des Gesetzes in Zusammenhang mit der Natur der Sache der zu regelnden Beziehungen.

Bei Kartellen sind die über die Beteiligten hinausgehenden Wirkungen charakteristisch. [2] Der Individualschutz folgt dabei für ihn aus:

1. Der Bezeichnung des GWB, denn vor Beschränkungen könnten begrifflich nur Personen geschützt werden. [3]

2. Der Tatsache, daß die Außenwirkungen nur über das einzelne Rechtsgeschäft und damit über den einzelnen Rechtsgeschäftspartner auf den Markt einwirken.

Der Außeneinfluß gehe nur von Teilen des Gesellschaftsvertrages aus, und zwar von

> "den Übereinkünften über Teile von Einzelrechtsgeschäften und über Einteilungen der Produktion oder des Absatzes." [4]

---

1) Fikentscher, W., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793:

"Der Sinn einer Gesetzgebung gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist, die Märkte offen zu halten, das heißt den am Markt vorhandenen Anbietern und Abnehmern die freie Wahl des Vertragspartners zu solchen Bedingungen zu ermöglichen, die dem derzeitigen Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung entsprechen."

2) Lukes, R., ...a.a.O., S. 135.

3) Ebenda, S. 187.

4) Ebenda, S. 163; Lukes ist damit als Vertreter der Gegenstandstheorie zu bezeichnen - bis auf die bei ihm nicht notwendige vertragliche Verpflichtung. Man vgl. dazu auch ebenda, S. 299, Punkt 1. b).

Wären aber diese Teile Ausgangspunkte von Außenwirkungen, so wirkten sie primär auf das einzelne Rechtsgeschäft bzw. den entsprechenden Rechtsgeschäftspartner ein. Ihre Einwirkungen auf den "Markt" oder die "Volkswirtschaft" wären hingegen sekundär.

3. Ferner aus Gründen der Rechtssicherheit, denn gegen die Kennzeichnung der Außenwirkungen als Markteinfluß oder Wettbewerbsbeschränkung spreche, daß Markt und Wettbewerb als abstrakte und komplexe Begriffe sich wenig zum Anknüpfen von Rechtsfolgen eigneten. Die Rechtstechnik müsse aber bemüht sein solche komplexen und abstrakten Begriffe als Tatbestandselemente zu vermeiden, denn je komplexer und abstrakter die einzelnen Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolgen würden, desto schwieriger sei die Rechtsanwendung. [1)]

cc. Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß bei den drei zum Individualschutzgedanken dargestellten Meinungen nicht nur die geschützten Freiheiten, sondern vor allem die Begründungen unterschiedlich sind. Da jede Begründung eigene charakteristische Merkmale besitzt, die sich z.B. wie bei der "verfassungsrechtlichen Begründung" gleich bei einer Gruppe von Autoren finden bzw. finden können, ist es sinnvoll, sie typenmäßig zu unterscheiden.

Allerdings bliebe ein solcher Versuch der Typologisierung von vornherein unvollständig, wenn man nicht eine weitere Art der Begründung erwähnen würde: Schmitz als Vertreter der Gruppe "Freiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit" begründet die Forderung nach Schutz der individuellen Freiheit mit einem auf

---

1) Ebenda, S. 165.

wirtschaftliche Sachverhalte abstellenden Argument: Freiheit sei einfach notwendige Voraussetzung für einzelwirtschaftlich rationales Handeln am Markt und in der Erzeugung, denn dazu müsse erlaubt sein, das Vernünftige zu tun (vgl. o. S. 139).
Hier liegt die Betonung - im Gegensatz zu den bisherigen Begründungen - auf dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen freiheitlichen Aspekten und individueller ökonomischer Vorteilhaftigkeit. Wir sind deshalb geneigt, darin einen weiteren (vierten) Begründungstyp zu erblicken.

II. Bei der Definition des Wettbewerbs

a. Fünf verschiedene Hauptmerkmale

Die Vorstellungen vom Wettbewerb, um die es in dieser Arbeit geht, finden im Rahmen der einzelnen Konzepte oft in Form von kurzen Beschreibungen Ausdruck, die insofern definitionsähnlichen Charakter haben und die Bezeichnung "Definition" - was ihre Kürze anbetrifft - auch verdienen.

Die Ansichten über die Hauptmerkmale, mit deren Hilfe der Wettbewerb im Rahmen dieser Definitionen beschrieben wird, sind verschieden. Nach dem jeweiligen Hauptmerkmal bzw. Hauptmerkmalen lassen sich die in Teil I abgehandelten Wettbewerbsdefinitionen in fünf Gruppen unterteilen:

1. In solche, die im Wettbewerb ein bestimmtes Streben bzw. Bestreben sehen, wie z.B. Benisch (vgl. S. 17), Ewald (S. 25), Günther (S. 42), Borchardt-Fikentscher (vgl. S. 56) und Brugger (S. 83);

2. in solche, die Wettbewerb in einer darüber hinausgehenden bestimmten Handlung bzw. Betätigung erblicken, wie z.B. der Frankfurter Kommentar (vgl. S. 63), der Baumbach-Hefermehl-Kommentar (S. 113), Schmitz (S. 140) und Meyer-Cording (S. 175);

3. in solche, die das wesentliche in einem bestimmten Verhalten sehen, wie z.B. Meyer-Cording (vgl. S. 174) und sicherlich auch Gabriel (S. 131);

4. in solche, die Wettbewerb als ein bestimmtes Spannungsverhältnis beschreiben, wie z.B. Sölter (vgl. S. 92, 100);

5. und schließlich in solche, die das Wesen des Wettbewerbs in Chancen, eventuell zusätzlich in Gefahren und Erfordernissen sehen, wie z.B. Knöpfle (vgl. S. 154, S. 167) und Müller-Henneberg (vgl. S. 189).

b. Unterschiedliche Betonung der Marktseiten

Ferner ist anzumerken, daß die einzelnen Autoren in ihren Wettbewerbsdefinitionen die Marktseiten unterschiedlich betonen. Diese Tatsache ist - wie wir unten noch sehen werden - für das Verständnis der dazugehörigen Begriffe der wettbewerbsbeschränkung von Bedeutung. Hinsichtlich der Betonung der Marktseiten im Rahmen der Wettbewerbsdefinitionen lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

Die erste Gruppe betont die Funktion beider Marktseiten für den Wettbewerb, indem sie auf die Teilnehmer beider Marktseiten explizit abstellt. Zu dieser Gruppe rechnen wir Günther [1], Borchardt/Fikentscher [2], Brugger [3], Sölter [4], Gabriel [5], Schmitz [6] und Knöpfle [7].

---

1) Günther spricht in seiner Definition des Wettbewerbs von "Marktteilnehmern" und "Marktpartnern" (vgl. S. 42).

2) B/F: "... Wettbewerb... ist... das... Streben ... nach Geschäftsverbindungen mit Dritten durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen." (Vgl. S. 56).

3) Brugger ähnlich wie B/F . Man vgl. S. 83.

Bei der zweiten Gruppe überwiegt die Betonung der Funktion einer Marktseite. Sie wird expliziert. Das Vorhandensein der anderen Marktseite wird weitgehend lediglich impliziert. Zu dieser Gruppe rechnen wir Benisch [8], Ewald [9], den Frankfurter Kommentar [10], den BH-Kommentar [11], Meyer-Cording [12] und Müller-Henneberg [13].

III. Bei der Definition der BW: Trennung von "Begriff der Wettbewerbsbeschränkung" und "Inhalt des Tatbestandselementes BW"

Der Weg von der Wettbewerbsdefinition bis zum Inhalt des Tatbestandselementes BW führt bei einigen Autoren über einen vom Inhalt des Tatbestandselementes BW unterschiedlichen Begriff der Wettbewerbsbeschränkung. So z.B. vor allem für Ewald (vgl. S. 25), Borchardt/Fikentscher (S. 48, 49), Brugger (S. 84 ff), Sölter (S. 101), Baumbach/Hefermehl (S. 118, Fußnote 2)b.; S. 119) und wohl auch Meyer-Cording (S. 185).

Bei anderen hingegen, wie z.B. Benisch (vgl. S. 14), Günther (S. 39), dem Frankfurter Kommentar (S. 62), Schmitz (S. 133), Knöpfle (S. 145) und Müller-Henneberg (S. 188), ist eine solche Trennung nicht ersichtlich.

---

4) Sölter unterscheidet zwei Aspekte des Stufenwettbewerbs: Die Anbieter wollen einen möglichst hohen, die Nachfrager einen möglichst niedrigen Preis erzielen (vgl. S. 100).

5) Gabriel stellt nur auf die Anzahl der unabhängigen Marktteilnehmer ab (vgl. S. 131).

6) Schmitz kommt es auf bestimmte Handlungen an, mit denen "Anbieter und Nachfrager von Waren ... sich unabhängig voneinander am wirtschaftlichen Prozeß beteiligen." (Vgl. S. 140).

7) Knöpfle: "... die sich für den einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter verschiedenen Anbietern... wählen... können." (Vgl. S. 154).

8) Vgl. S. 17.

9) Das gilt für die beiden oben (S. 25) dargestellten Wettbewerbsbegriffe Ewalds.

Diese Differenzierung, die von uns bisher noch nicht besonders hervorgehoben wurde, dürfte zweierlei Gründe haben:

1. Autoren, die bei der Definition des Wettbewerbs gleichermaßen auf beide Marktseiten abstellen [14], haben - da ihr Begriff der Wettbewerbsbeschränkung auf einer Teil- oder Totalnegation der Wettbewerbsmerkmale aufbaut - auch einen beide Marktseiten einbeziehenden Begriff der Wettbewerbsbeschränkung. Sofern sie den Tatbestand des §1 im Hinblick auf die durch die BW erfolgende BM so interpretieren wollen, daß beide Tatbestandselemente einen Sinn erhalten [15], müssen sie diesen Begriff zweiteilen.

---

10) Vgl. S. 63.

11) Vgl. S. 113.

12) Vgl. S. 174, 175.

13) Vgl. S. 189.

14) Günther, Borchardt/Fikentscher, Brugger, Sölter, Gabriel, Schmitz und Knöpfle, man vgl. S. 229.

15)

a. Zu dieser Autoren-Gruppe gehören:

Borchardt/Fikentscher: Sie unterscheiden zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung (vgl. S. 48, 49).

Brugger: Er unterscheidet zwischen "subjektiver" und "objektiver" Wettbewerbsbeschränkung (vgl. S. 84, 86).

Sölter: Unterscheidet zwischen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Betätigung und der Wettbewerbsfreiheit im Verhältnis zu den Partnern auf der anderen Marktseite (S. 102).

b. Die andere Gruppe, zu der Günther (vgl. S. 39), Gabriel (S. 125), Schmitz (S. 140 ff) und Knöpfle (S. 145) zählen, trennt nicht im obigen Sinne. Sie zieht den beide Marktseiten umfassenden Begriff der Wettbewerbsbeschränkung ungeteilt zur Auslegung des Tatbestandselementes BW heran.

Das geschieht, indem der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung den Marktseiten entsprechend geteilt wird. Der eine Teil der Beschränkung befaßt sich mit Selbstbeschränkungen einer Marktseite, der andere mit den Beschränkungen, die sich daraus für die Marktgegenseite ergeben.

2. Die Merkmale der Wettbewerbsbeschränkungen, die unmittelbar der Auslegung des Tatbestandselementes BW dienen, sind - wie diese Begriffe selbst - oft unter Verwendung vorlkswirtschaftlicher Lehren aus der Betrachtung von Marktsachverhalten gewonnen. Sie eignen sich daher manchmal nicht unmittelbar zu einer Praktizierung im Rahmen der in §1 angesprochenen juristischen Institution (Vertrag, Beschluß). Zum Zweck ihrer Praktizierung als Inhalt des Tatbestandselementes BW müssen sie deshalb in eine durch Vertrag oder Beschluß befriedigend faßbare Form "übersetzt" werden. Für diese Hypothese spricht, daß manche Autoren, die das Hauptmerkmal der für die Auslegung der BW relevanten Wettbewerbsbeschränkung in der Beeinträchtigung eines "Strebens" bzw. "Bestrebens" oder etwa der "Entschließungsfreiheit" sehen, das - wie oben schon dargelegt [1] - durch Verträge (bzw. Beschlüsse) nicht unmittelbar beschränkt werden kann, dem Tatbestandselement BW einen von der Wettbewerbsbeschränkung verschiedenen Inhalt geben. [2]

---

1)
a. Zum "Streben" bzw. "Bestreben" vgl. insbes. S.32, aber auch S. 183.

b. Zur"Entschließungsfreiheit" auch S. 118, Fußnote 2) b.2.

2)
a. Für Ewald z.B. sind für die Auslegung des Tatbestandselementes BW zwei Begriffe der Wettbewerbsbeschränkung relevant. Sie haben Beschränkungen des "Bestrebens" bzw. "Strebens" zum Hauptmerkmal (vgl. S. 25).
Beim Test eines Sachverhaltes im Hinblick auf das Tatbestandselement BW stellt er jedoch nur auf eine Beschränkung der Handlungsfreiheit am Markt ab (vgl. S. 32). ⟶

Dafür spricht auch, daß eine solche "Übersetzung" in den Fällen nicht vorgenommen wird, in denen sie nicht notwendig ist. Hier wird die auf die BW bezogene Wettbewerbsbeschränkung schon auf ein im Rahmen von Vertrag bzw. Beschluß befriedigend praktikables Merkmal - z.B. auf die Beschränkung der Freiheit zu gewissen Handlungen [3] bzw. zu gewisser Betätigung [4] - abgestellt.

---

b. Bei B/F bildet die Beschränkung eines Strebens das Hauptmerkmal der formalen Wettbewerbsbeschränkung (vgl. S. 48). Beim Test eines gegebenen Sachverhaltes auf die Erfüllung des Tatbestandselementes BW ist die Beschränkung der Handlungsfreiheit entscheidend:

"Wenn durch Vertrag... mindestens eine Geschäftsbedingung, die sonst Gegenstand der individuellen Strategie war, nicht mehr selbständig variiert werden kann." (Vgl. S. 58).

c. Der BH-Kommentar sieht für die Wettbewerbsbeschränkung die Einengung der individuellen "Entschließungsfreiheit" als relevant an (vgl. S. 105).
Beim Test im Hinblick auf das Tatbestandselement BW geht es ihm jedoch darum, Verträge zu erfassen, die bestimmte Handlungen objektiv regeln, indem sie die potentiellen Handlungsträger subjektiv binden (vgl. S. 120).

3)

a. Brugger: "... wenn mindestens eine Geschäftsbedingung, die sonst Gegenstand individueller Strategie war, nicht mehr selbständig variiert werden kann." Vgl. S. 73.

b. Frankfurter Kommentar: "Maßgebend ist allein, ob die Beteiligten in ihrem Marktverhalten... gebunden worden sind." Vgl. S. 62 .

4)

a. Sölter stellt auf die Beschränkung der "Wettbewerbsfreiheit der Betätigung" ab. Vgl. S. 101, 102 .

b. Müller-Henneberg: "Wettbewerbsbeschränkung i.S. des §1 ist nur der rechtsgeschäftliche Verzicht... auf das Recht, sich am Markt zu betätigen und dabei alle rechtlich zugelassenen Wettbewerbshandlungen vorzunehmen." Vgl. S. 188 .

IV. Bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen Vertrag (bzw. Beschluß) und BW: Gegenstands- und Folgetheorie

Bei der Untersuchung des Verhältnisses zwischen Vertrag (bzw. Beschluß) und BW wurde bei der Abhandlung der einzelnen Konzepte zwischen Gegenstands- und Folgetheorie (vgl. dazu insbes. S. 20, 21) unterschieden.
Als Vertreter der Gegenstandstheorie wurden Ewald (im Hinblick auf sein 2. Merkmal der BW, vgl. S. 32), Borchardt/Fikentscher (vgl. S. 58), der Frankfurter Kommentar (vgl. S. 70), Brugger (S. 84), Sölter (S.91), der BH-Kommentar (S. 106) und Müller-Henneberg (S.199), erkannt.
Als Vertreter der Folgetheorie hingegen wurden Benisch (vgl. S. 21), Günther (S. 46), Gabriel (S. 133) und Knöpfle (S. 167) identifiziert.
Als eine dritte Theorie müßte man die Ansicht von Lukes bezeichnen. Sie unterscheidet sich von der Gegenstandstheorie dadurch, daß es ihr auf deren begrifflich notwendige Obligatio nicht ankommt. Von der Folgetheorie hingegen trennt sie die Forderung nach positiver Fixierung des Inhaltes der BW im relevanten Vertrag oder Beschluß (vgl. S. 226, Fußnote 4).

In der Tatsache, daß Kennzeichen der Gegenstandstheorie die vertragliche Verpflichtung zu einem als BW definiertem Verhalten und damit eine Freiheitsbeschränkung ist, mag auch der Grund zu sehen sein, daß die Gegenstandstheorie nur von Autoren vertreten wird, die für die Auslegung der BW letztlich auf die Freiheitsbeschränkung der Beteiligten zu gewissen Handlungen abstellen. [1]

---

[1] So sind z.B. alle im vorhergehenden Abschnitt bei den Begründungen zu Punkt 2 genannten Autoren Vertreter der Gegenstandstheorie.

Ansichten, die dagegen bezüglich der BW auf eine Einschränkung von Streben [1], auf eine innere Freiheit (Entscheidungsfreiheit) [2] oder von Gefahren, Chancen und Risiken [3] abstellen, eignen sich nicht für die Gegenstandstheorie. Sie sind dementsprechend der Folgetheorie zugeordnet; ebenso wie die Konzepte, bei denen die Merkmale der BW rechtserheblich auch von dritten, am relevanten Vertrag bzw. Beschluß nicht beteiligten Personen erfüllt werden können. [4]

V. Bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen BW und BM: Beziehungen im Sinne der Gegenstands- bzw. der Folgetheorie

a. Das entscheidende Merkmal

Entsprechend zur Gegenstands- und Folgetheorie zwischen Vertrag und BW wurden von uns im Verhältnis von BW zu BM bei den einzelnen Konzepten zwei "Beziehungen" unterschieden. Wir sprachen - da vorgegebene Bezeichnungen fehlten - von Beziehungen "im Sinne" der Gegenstands- bzw. Folgetheorie.
Entscheidendes Merkmal dafür, welcher Beziehung die Ansicht eines Autors zugeordnet werden konnte, war die Antwort auf die Frage, ob das Tatbestandselement "Eignung zur BM" noch getestet werden muß, wenn ein Sachverhalt den Inhalt des Tatbestandselementes BW bereits erfüllt (Beziehung im Sinne der Folgetheorie) [5] oder nicht (Beziehung im Sinne der Gegenstandstheorie) [6].

---

1) Benisch, vgl. S. 14.

2) Günther, vgl. S. 39: "Eine 'Wettbewerbsbeschränkung' liegt... dann vor, wenn dem einzelnen... die Freiheit der Entscheidung... eingeengt wird."

b. Zu den erkennbaren Gründen der Entscheidung für eine der beiden Beziehungen

Mit Hilfe der oben vollzogenen Klassifizierungen bei Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung ist es möglich, die Ansichten der Vertreter beider Beziehungen so zu gruppieren, daß Regelmäßigkeiten hinsichtlich der Gründe erkennbar werden, auf denen die einzelnen Auffassungen beruhen.

1. Zwei Aspekte der Problembetrachtung

Erinnert sei zunächst an den allen Auffassungen gemeinsamen sachlichen Hintergrund, den Markt. Dieser ist durch zwei Marktseiten mit mehreren Marktteilnehmern [7] gekennzeichnet, deren Verhaltensweisen, insbes. zur Analyse gegenseitiger Interdependenzen, in "auslösende" und "reaktive" unterteilbar sind. Auf diesem Hintergrund hat die Frage nach dem Verhältnis zwischen BW und BM hauptsächlich zwei Aspekte:

---

3) Knöpfle, vgl. S. 145.

4) Man vgl. hierzu die Ansicht Müller-Hennebergs auf S. 31 sowie die Ausführungen bei Ewald (S. 37), Günther (S. 45, 46) und Gabriel (S. 131).

5) Man vgl. S. 22 (Benisch); S. 62 (BF); S. 70 (FK); S. 88 (Brugger); S. 124 (BH); S. 186 (Meyer-Cording); S. 202 (Müller-Henneberg).

6) Man vgl. S. 46, 47 (Günther); S. 143 (Schmitz); daneben vor allem noch Rasch, H., Kartell- und Monopolrecht, Berlin 1957, S. 36.

7) Der denkbare Fall, daß auf der "reaktiven" Marktseite nur ein Marktteilnehmer vorhanden ist, wird in der Literatur zu §1 im allgemeinen nicht behandelt.

1. Sie stellt sich als begriffliches Problem. Denn die Frage, welche Hauptmerkmale in die einzelnen Begriffe auf welche Weise einbezogen werden, entscheidet - wie das Beispiel Günthers (vgl. S. 46,47) zeigt - schon darüber, ob und inwiefern dem einzelnen Tatbestandselement eine selbständige Bedeutung zukommt.

2. Sofern eine begrifflich saubere Trennung von BW und BM vorliegt, stellt sie sich als Problem über die Aussage von Wahrscheinlichkeiten hinsichtlich eines Aufeinandereinwirkens (intensiv, quantitativ) begrifflich erfaßter Marktsachverhalte.

Im Hinblick auf diese beiden Aspekte lassen sich die Meinungen der Autoren gruppieren:

2. Gruppierung im Hinblick auf das begriffliche Problem

Die eine Seite des begrifflichen Problems im Hinblick auf den Inhalt von BW und BM - die den Inhalt der BW betreffende - wurde schon oben in ihrem Zusammenhang mit dem Wettbewerbsbegriff beschrieben. Von ihr ausgehend, lassen sich die Meinungen um die Auslegung des Tatbestandselements BM im Hinblick auf ihren Zusammenhang mit den dazugehörenden Wettbewerbsbegriffen in drei Gruppen unterteilen:

1. Mit einer Ausnahme [1] vergißt von den untersuchten Autoren mit einseitig marktbezogenem Wettbewerbsbegriff als Ausgangspunkt der Interpretation der Wettbewerbsbeschränkung keiner, den Inhalt des §1 - mittels Interpretation der BM im Sinne einer durch die BW kausal bzw. final erfolgenden Beeinflussung der Marktgegenseite - auf beide Marktseiten auszudehnen und somit im Endeffekt dadurch einen beide Marktseiten umfassenden

---

[1] Bei Ewald bleibt das Verhältnis zwischen BW und BM unklar, vgl. S. 37.

Wettbewerb zu schützen. Alle trennen begrifflich sauber zwischen dem Inhalt des Tatbestandselements BW und dem Inhalt der BM [1].

2. Entsprechendes gilt für den Teil der Autoren, die zwar zur Ableitung der Wettbewerbsbeschränkung von einem beide Marktseiten umfassenden Wettbewerbsbegriff ausgehen, den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung jedoch entsprechend den Marktseiten sachlich in einen auslösenden und reaktiven aufteilen. Sie legen - wie oben (vgl. S. 231) schon aufgezeigt - den ersten der Interpretation der BW, den zweiten der Interpretation der BM zugrunde. [2]

3. Für den anderen Teil der für den Wettbewerb auf beide Marktseiten gleichermaßen abstellenden Autoren gilt das von der "begrifflich sauberen Trennung" hingegen nicht. Sie teilen den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung nicht in geschilderter Weise, sondern beziehen beide Marktseiten in den unmittelbar der Auslegung der BW dienenden Begriff ein. Sie können die BM - ohne begriffliche Überschneidung - nicht in dem Sinne wie die ersten beiden Gruppen interpretieren.

Da eine andere Interpretation wohl sehr schwierig ist und offenbar deshalb auch von ihnen nicht versucht wird, mag in diesem Sachverhalt ein Grund dafür zu sehen sein, daß die Autoren der letzten Gruppe sich entweder zur Auslegung der BM überhaupt nicht äußern [3] oder den Test des Tatbestandselements BM nach erfolgreichem Test des Tatbestandselementes BW für überflüssig halten, [4] bzw. er sich für sie als überflüssig erweist. [5]

---

1)
a. Vgl. S. 22/23 (Benisch).
b. Vgl. S. 70 ff (FK).
c. Vgl. S. 122 (BH).
d. Vgl. S. 186 (Meyer-Cording).
e. Vgl. S. 202 (Müller-Henneberg).

Soweit die in den drei Gruppen enthaltenen Autoren von uns für die eine oder andere Beziehung (im Sinne der Gegenstands- bzw. Folgetheorie) klassifiziert werden konnten, ergibt sich folgendes Bild:

Alle Autoren der ersten und der zweiten Gruppe sehen zwischen BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie, die Autoren der dritten Gruppe hingegen eine Beziehung im Sinne der Gegenstandstheorie. Im Vorhandensein bzw. Fehlen des Merkmals, das die dritte Gruppe von den übrigen trennt, ist zugleich ein Grund für bzw. gegen eine der beiden Beziehungen zu sehen.

3. Gruppierung entsprechend dem Bestehen einer Forderung nach bestimmter Intensität bzw. Quantität des Einwirkens der BW auf die BM

Das Problem der begrifflich sauberen Trennung zwischen Inhalt der BW und der BM ist bei den Autoren der soeben beschriebenen ersten beiden Gruppen gelöst. Diese Autoren können einem Autor gegenübergestellt werden, welcher der ersten Gruppe zuzurechnen ist:

Rasch, für den der Inhalt des Tatbestandselements BW entsprechend seinem Wettbewerbsbegriff [6] überwiegend einseitig marktbezogen ist, definiert zwar den Inhalt

---

2)
a. Vgl. S. 57 (BF).
b. Vgl. S. 84 (Brugger).
c. Wohl auch Sölter, man vgl. S. 102.

3)
a. Vgl. S. 132 (Gabriel).
b. Vgl. S. 169 (Knöpfle).
c. Erwähnt werden könnte hier noch Müller-Gries, Kommentar zum GWB, Frankfurt 1958, §1, Anm. 17, S. 11; bei ihnen spielt die Eignung zur BM eine so geringe Rolle, daß sie neben der BW überhaupt nicht angesprochen wird.

4) Vgl. S. 143 (Schmitz).

5) Vgl. S. 47 (Günther).

der BM nicht genau. Er will jedoch offenbar - entsprechend den anderen Autoren seiner Gruppe - diesem Tatbestandselement einen gegenüber der BW gesonderten Inhalt geben, der die Marktverhältnisse, so wie sie sich der reaktiven Marktseite bieten, mit umschließt. [7]

Trotzdem ist Rasch - diesmal im Gegensatz zu den anderen Autoren seiner Gruppe - ein Verfechter der Beziehung im Sinne der Gegenstandstheorie. Seine Ansicht: Ob eine BW geeignet sei eine BM zu bewirken, sage lediglich die wirtschaftswissenschaftliche Erfahrung. Die Vermutung spreche stets dafür, daß eine vertragliche oder verbandsmäßige BW die Marktverhältnisse beeinflussen könne. Eines besonderen Nachweises im Einzelfall bedürfe es daher nicht. [8]

Die These, daß jede BW eine Eignung zur BM besitze, wird übrigens von einigen Vertretern der Gruppe - vgl. z.B. den BH-Kommentar [9] und Müller-Henneberg (vgl. S. 201) - explizit anerkannt.

---

6) "Ganz allgemein können wir als Wettbewerb das Bestreben des Unternehmers bezeichnen, den eigenen Umsatz an Waren und Leistungen im Kampf mit anderen Unternehmern um den Kunden zu steigern."

Rasch, H., Wettbewerbsbeschränkungen. Kartell- und Monopolrecht, Berlin 1957, S. 36.

7) Dafür spricht, daß er der "Beeinflussung ... der Marktverhältnisse" einen besonderen Abschnitt widmet. Hier stellt er für die BM insbes. auf die volkswirtschaftlich relevanten Wirkungen von Selbstbeschränkungen ab. Diese erfassen unmittelbar immer die Marktgegenseite.

8) Man vgl. ebenda, S. 41.

a. Ebenda, S. 41.

b. Ebenso Haberkorn, K., Zum Kartellbegriff des §1 GWB, in: GRUR 1960, 368; er folgt explizit Rasch.

Damit jedoch eine im Rahmen des §1 relevante BM vorliegt, ist nicht nur bei ihnen, sondern bei allen Autoren dieser Gruppen erforderlich, daß ein bestimmter Schwellenwert der Eignung der BW zur BM erreicht bzw. überschritten wird. Diesen sehen die Autoren - von Ausnahmen abgesehen [10] - regelmäßig in der Beeinträchtigung der Alternativen auf der reaktiven Marktseite. [11]

---

9) Baumbach-Hefermehl,...a.a.O., Anm. 52, S. 1246:

Es sei davon auszugehen, "Daß jeder wegen der Veränderlichkeit der Marktlage wettbewerbsbeschränkende Vertrag oder Beschluß die 'Eignung zur Marktbeeinflussung' besitzt, denn sonst wären die Beteiligten die Bindung nicht eingegangen."

10) So z.B.:

a. B/F, man vgl. S. 59 ff.
b. Der FK bleibt hierzu undurchsichtig, man vgl. S. 71.
c. Brugger, man vgl. S. 86/87.

11) So z.B.:

a. Benisch, vgl. S. 23.
Ders.,in: Anmerkungen zum BGH Beschluß v. 14.1.1950, WuW/ E BGH 374.

Ders., Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebs, in: WuW 1958, 269 ff.

b. Bedingt auch der BH-Kommentar, vgl. S. 122.

c. Meyer-Cording, vgl. S. 186.

d. Müller-Henneberg, vgl. S. 203.

e. So z.B. auch der BGH:

Beschluß vom 14.1.1960 ("Kohlenplatzhandel"), abgedruckt in: WuW/E BGH 369 ff:

"Nach der Ansicht des BGH... genügt dagegen die bloße Feststellung, daß die Zahl der unabhängigen Wettbewerber sich verringert habe, zur Annahme einer Marktbeeinflussung nicht. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Kunden ohne Schwierigkeiten ihren Bedarf bei Lieferanten decken können, die an der Wettbewerbsbeschränkung nicht beteiligt sind". Ebenda, S. 374 →

Der Verzicht auf, bzw. die Forderung nach einem (durch Intensitäts- bzw. Quantitätsmerkmale) fixierten Schwellenwert bringt die Autoren der ersten beiden Gruppen somit zu der einen oder anderen Beziehung. Verzicht bzw. Forderung lassen sich daher als weitere Gründe sachlicher Unterscheidung begreifen.

C. Zur erkennbaren Methode der Problemhandlung

In der Art und Weise, wie man die einzelnen Problemkreise zu lösen versucht, läßt sich ebenfalls Gemeinsames erkennen.

Alle Autoren gehen offenbar einfach so vor, daß sie mehr oder weniger zufällige, in der Regel ohne ersichtlichen Ableitungszusammenhang nebeneinanderstehende Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl aufgreifen. Der Katalog dieser Gesichtspunkte erhält dabei vom Problem her seinen Sinn. Auf diese Weise sucht man passende und ergiebige Prämissen, um Folgerungen ziehen zu können, die dem Leser die angebotene Auslegung möglichst überzeugend einsichtig machen soll.

Urteil des BGH v. 7. Juni 1962 ("Spar"), in: WuW/E BGH 486 ff:

Urteil des BGH v. 1. Juli 1964 ("Flußspat"), in: WuW/E BGH 605 ff;

Beschluß des BGH v. 27. Januar 1966 ("Klinker") in: WuW/E BGH 726 ff:

"Durch die Wettbewerbsbeschränkung... werden die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten verringert, zwischen unterschiedlichen Angeboten zu wählen. Von einer lediglich theoretischen Einwirkung auf die Marktverhältnisse durch eine Wettbewerbsbeschränkung kann nur dann gesprochen werden, wenn die Abnehmer ohne Schwierigkeiten auf im wesentlichen gleichgeartete Warenangebote ausweichen können..."

Ebenda, S. 731.

Bei diesem Vorgehen ist zweierlei beachtenswert:

1. Man versucht vom Problem her ein System zu erarbeiten - ein System, das man in Einklang mit einer übergeordneten Ordnung wissen möchte, die neben dem durch die Auslegung zu ordnenden Bereich auch noch andere Ordnungsbereiche umfaßt. Eine solche Ordnung wird zumindest in der Rechtsordnung, der Wirtschaftsordnung oder in noch umfassenderen Gebilden gesehen. Die Crux liegt darin, daß man die angestrebte Vereinbarkeit des Systems mit der jeweilig anerkannten übergeordneten Ordnung nicht beweisen, sondern höchstens anhand einiger Aspekte explizieren kann.

Denn 1. die übergeordnete Ordnung ist zu umfassend, um überschaubar zu sein - man muß sich deshalb mit einer Orientierung an ihren Teilen begnügen - und

2. diese Ordnung unterliegt selbst Änderungen, sie ist insofern nichts Gegebenes. [1)]

Aus diesen Gründen kann bei der Lösung eines Problems jeweils nur an einige ausgewählte Gesichtspunkte angeknüpft werden. Diese hat man gerade auf das spezielle Problem hin ausgewählt und versucht mit ihrer Hilfe, bei der Entwicklung der eigenen Auslegungsgedanken den Kontakt zur übergeordneten Ordnung nicht zu verlieren.

2. Die Auswahl der Gesichtspunkte wird von den Wertvorstellungen des jeweils Auswählenden mitbestimmt.

---

1) Sie wird vom Leben getragen und ist deshalb ständig in Bewegung: Widersprüche und Disproportionen entstehen, gleichen sich aus, vergehen - neue treten hervor usw. - eine nie endende Kette sich vielseitig überlagernder Wandlungen.

Die Gesichtspunkte erfüllen dann die Funktion von Prämissen. Die aus ihnen abgeleiteten Folgerungen sind jedoch nicht schlüssig im streng deduktiven Sinne. Das liegt zum großen Teil daran, daß der begriffliche Inhalt der zu Prämissen erhobenen Gesichtspunkte im allgemeinen nicht genügend eindeutig erfaßt ist. Werden aus den - ersichtlich miteinander oft nur durch das Problem verbundenen - Prämissen Schlüsse gezogen, so geschieht das in der Regel ebenfalls anhand von implizierten Werturteilen.

Werturteile gehen damit auf zwei Ebenen in die jeweiligen Versuche der Problemlösung ein: Bei der Auswahl der Prämissen und bei ihrer Auswertung.

D. Zur möglichen Kritik

In Anbetracht dessen bleibt zu überlegen, welche Möglichkeiten zur Kritik bestehen.

Im Hinblick auf die zahlreichen in den einzelnen Konzepten enthaltenen Werturteile ist eine kritische Stellungnahme nur unter subjektiven Aspekten der Bewertung möglich. [1] Für eine Kritik in dem Sinne, daß etwas nur so sein kann und nicht anders, weil es durch einen bestimmten Zusammenhang determiniert ist, ergeben sich keine Anhaltspunkte. Eine am einzelnen Konzept als Einheit ansetzende Kritik müßte zu zahlreichen Wiederholungen führen.

---

[1] Man vgl. dazu auch Steindorff, E., Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1959, S. 30.

Ferner wurden offenkundige Mängel schon bei der Analyse der einzelnen Konzepte aufgedeckt. Deshalb wollen wir uns auf Erarbeitung einer Auslegung beschränken, die sich an einer eigenen Stellungnahme orientiert.

E. Zur Ausgangsbasis

Wohl alle Konzepte beziehen sich hinsichtlich ihrer leitenden Gedanken auf die Begründung zum Regierungsentwurf:

Die älteren überwiegend explizit (vgl. z.B. Benisch, S. 17; Ewald, S. 29; FK, S. 64; Sölter, S. 102; den BH-Kommentar, S. 108; Gabriel, S. 129/130), die jüngeren dagegen oft implizit, indem sie reichlich von der Möglichkeit Gebrauch machen, sich auf schon vorliegende Meinungen über Auslegungsprobleme zu stützen, die selbst z.T. auf der Regierungsbegründung fußen. Das ist nicht besonders verwunderlich, denn sie ist die originärste Zusammenstellung leitender Gedanken zum GWB: das "geistige Substrat" autorisierter Gesetzesinitiatoren. Aus diesem Grunde und um die Vergleichbarkeit der eigenen Gedanken mit den vorhergehenden Konzepten so groß wie möglich zu halten, wählen wir sie zur Ausgangsbasis weiterer Überlegungen.

Dritter Teil: Lösungsvorschläge unter besonderer Berücksichtigung der Regierungsbegründung und volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte

A. Zur Frage nach Sinn, Ziel und Zweck des GWB

Obwohl zwischen den einzelnen Problemkreisen vielfältige Interdependenzen bestehen, ist die Beantwortung der Frage, worin der Sinn des GWB zu sehen ist, welche Ziele das Gesetz verfolgt, ob es letztlich ökonomischer Vorteilhaftigkeit oder bzw. und individueller Freiheit dienen soll, für die Lösung der nachgeordneten Problemkreise aus teleologischen Gründen besonders wichtig. Unter den Aspekten der Regierungsbegründung ergibt sich hierzu folgendes Bild.

I. Die beiden Ziele in der Regierungsbegründung

Offenkundig wird in der Regierungsbegründung "ökonomische Vorteilhaftigkeit" angestrebt. So sagt sie an vielen Stellen, inwiefern sich der gewünschte Wettbewerb als nützlich erweist. Insbesondere

1. bedingt Wettbewerb Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung, [1]
2. ist Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung [2] und
3. wohnen ihm schon Tendenzen zur Leistungssteigerung inne. [3]

Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung sind somit dem Wettbewerb übergeordnete Zwecke, die das Gesetz verfolgt. Wettbewerb besitzt instrumentalen Charakter, ist Mittel,

---

[1] Gem.K., 1. Aufl., S. 1058.
[2] Ebenda, S. 1059.
[3] Ebenda, S. 1057.

ein Mittel neben anderen, das sogar beschränkt werden kann, wenn andere Mittel - z.B. Wettbewerbsbeschränkungen i.S. d. §5II und III - sich in Bezug auf die Förderung der Zwecksetzung als überlegen erweisen. In der Tatsache, daß in der Begründung auch der "Versorgung der Verbraucher" und der "Konsumenten" [1] gedacht wird, kann vernünftigerweise nur ein Hinweis darauf gesehen werden, daß sich die Maßstäbe für Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung letztlich von Verbrauchern und Konsumenten herleiten müssen. Den Fall, daß die Versorgung der Verbraucher mit der Versorgung der Konsumenten in Konflikt gerät - was möglich ist, sofern man z.B. in Verbrauchern weiterverarbeitende Unternehmen sieht, die ihr eigenes Angebot knapp halten -, hat die Begründung zugunsten der Versorgung der Konsumenten mit der Forderung entschieden, daß insbes. der Konsument Lenker des Wirtschaftsgeschehens sein soll. [2] Das spricht zugleich für eine individualistische Auffassung von "ökonomischer Vorteilhaftigkeit" (zweite Variante, vgl. S. 209) in der Begründung.
Wäre das Ziel des GWB damit vollständig beschrieben, erübrigten sich die zahlreichen Hinweise auf andere Topoi, die offenbar auch dem Zielkomplex des Gesetzes zuzurechnen sind. Zur "Marktwirtschaft", für deren Förderung und Erhaltung das Gesetz eine der wichtigsten Grundlagen darstellt [3], gehört sicherlich mehr als reiner Ökonomismus. Diese Vermutung wird durch die Aussage erhärtet, daß die erwünschte Wettbewerbswirtschaft nicht nur die ökonomischste, sondern zugleich

---

1) Ebenda, S. 1057.
2) Ebenda, S. 1058.
3) Ebenda, S. 1057.

auch die "demokratischste Form der Wirtschaftsordnung" ist. [1] Zugunsten der Freiheit der Bürger sollen dem Staat keine Machtbefugnisse zuerkannt werden, die mit Demokratie nicht zu vereinbaren sind.
Der 21. BT-Ausschuß für Wirtschaftspolitik hat in seinem Bericht diese außerhalb der ökonomischen Vorteilhaftigkeit liegende, aber ebenfalls grundlegende "gesellschaftspolitische Zielsetzung" wie folgt beschrieben:

> "Die Konzentration von wirtschaftlicher Macht in privaten Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmungen wird wegen der Gefahr für eine freiheitliche Gesellschafts- und Staatsordnung als unerwünscht angesehen..." [2]

Bestimmte wirtschaftliche Macht wird somit als gefährlich für die gesellschaftliche und politische Freiheit - für deren spezielle Ausprägung der Ausdruck "Demokratie" [3] gebraucht wird - beurteilt. Sie zu vermeiden, ist offenbar Hauptinhalt der metaökonomischen Zielsetzung des Gesetzes. Da der Mächtige jedoch nur deshalb mächtig ist, weil er im Bereich seiner Macht frei ist, geht es letztlich auch bei dem Problem der wirtschaftlichen Macht um ein Problem wirtschaftlicher Freiheit. Insofern läßt sich diese metaökonomische Zielsetzung des GWB auch als reines Freiheitsproblem formulieren: Ziel ist die Gestaltung gewisser wirtschaftlicher Freiheiten, die den "demokratischen" gesellschaftlichen und politischen Freiheiten entspricht.

---

1) Ebenda, S. 1057.

2) Ebenda, S. 1161.

3) "Nirgendwo ist die wesenhafte Verbindung von Demokratie und Freiheit bestritten; sie wird zwar von einem Orte aus den anderen Demokratien abgesprochen und umgekehrt, aber stets für die eigene in Anspruch genommen."
Hättich, M., Demokratie als Herrschaftsordnung, Köln-Opladen 1967, S. 144.

Zur Qualität der angesprochenen wirtschaftlichen Freiheiten ist noch zu bemerken:
Die Regierungsbegründung weist darauf hin, daß Aufgabe des GWB sei, die "Freiheit des Wettbewerbs" sicherzustellen, d.h. zu schützen. [1]
Da die Zuordnung des Freiheitsbegriffes zu einem "Ding" Wettbewerb nur insofern sinnvoll erscheint, als damit Freiheiten der am Wettbewerb aktiv und passiv beteiligten Personen gemeint sind, ist die "Freiheit des Wettbewerbs" als eine am individuellen Marktteilnehmer haftende Freiheit aufzufassen. Für eine solche Interpretation spricht auch die Begründung, wenn sie ausführt, daß "Ziel" des GWB

> "die Erhaltung einer Vielzahl selbständiger Unternehmerexistenzen sowie die Sicherung des freien Zugangs neuer Unternehmen zum Markt" [2]

sei. Dafür spricht ebenfalls der §35 GWB (§28 Regierungsentwurf), mit dessen Bedeutung für das Gesetz sich insbes. Leo [3] auseinandergesetzt hat.
Unser Ergebnis, daß die Regierungsbegründung durch das GWB sowohl eine am Konsumenten bzw. Verbraucher orientierte ökonomische Vorteilhaftigkeit als auch individuelle Freiheit schützen möchte, sagt allerdings noch wenig über die Qualitäten, nichts jedoch über Quantitäten und über das Verhältnis aus, in dem diese beiden Ziele zueinander stehen. Aussagen darüber sind aber für den Wirtschaftspolitiker zur Orientierung unerläßlich, denn dem Verbraucher bietet z.B. ein Verbrauchermonopson

---

1) Teil A I (Einleitung) der Begründung, vgl. Gem.K., 1.Aufl., S. 1957.

2) Teil A VI, vgl. Gem.K., 1958, S. 1060.

3) Leo, H.C., Zum Begriff der Schutzvorschrift in §35 GWB, in: WuW 1959, 487.

partiell gewiß große ökonomische Vorteilhaftigkeit und individuelle ökonomische Freiheit. Darüber, daß Verbrauchermonopsone von der Regierungsbegründung jedoch nicht angestrebt werden, kann kein Zweifel bestehen.
Da ein anderer Weg nicht ersichtlich ist, wollen wir versuchen, die zur Orientierung erforderlichen weiteren Aussagen über die beiden Ziele durch Betrachtung des Mediums und dessen Topoi zu erlangen, die sie in der Regierungsbegründung verbinden, den Wettbewerb. Der dem ersten unmittelbar folgende, nachgeordnete Problemkreis wird somit hilfsweise zur Problemlösung herangezogen.

II. Analyse der Aussagen über Wettbewerb in der Regierungsbegründung

Notwendige Voraussetzung für den Erfolg unseres Versuches ist, daß sich ein hinreichendes Bild von dem in der Regierungsbegründung erwünschten Wettbewerb ermitteln läßt.

a. Der relevante Teil der Regierungsbegründung

In Teil A der Begründung ist nach Ansicht ihrer Schöpfer schlüssig dargetan, was unter Wettbewerb zu verstehen ist, denn im Rahmen ihrer Ausführungen zu §1 heißt es:

> "Wie sich aus den Ausführungen des Teiles A ergibt, ist als Wettbewerb das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen." [1]

---

[1] Teil C, zu §1, 3. d), vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1076.

b. Kritik der Wettbewerbsdefinition der Regierungsbegründung

Die vorgetragene Wettbewerbsdefinition ist somit von nachgeordneter Bedeutung - ein isoliertes Abstellen auf sie ist im Hinblick auf mögliche Fehlschlüsse über ihren Inhalt gefährlich, denn offenbar hat sie schon ihre Schöpfer nicht voll befriedigen können, sonst wäre sie sicherlich nicht in Teil C, sondern in Teil A der Begründung bei den Gedanken zu finden, aus denen sie sich angeblich ergibt. Diese müssen in den Vordergrund der Betrachtung gerückt werden, nicht die Definition, auf die sich - im Gegensatz zu unserer Ansicht - u.a. Ewald (S. 29), der Frankfurter Kommentar (S. 64) und offenbar auch der BH-Kommentar (S. 109 ff) stützen.

c. Zum Wettbewerbsbegriff in Teil A der Regierungsbegründung

Die Problematik der "Schlüssigkeit" aus Teil A wird durch zwei Sätze dieses Teils erkennbar. Es heißt dort:

> "Es darf als sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden, daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform der vollkommenen Konkurrenz zur Voraussetzung hat. Soweit diese Voraussetzung zutrifft bzw. herstellbar ist, muß der Gesetzgeber Sorge dafür tragen, daß der vollständige Wettbewerb nicht... beeinträchtigt wird." [1]

---

[1] Gem.K., 1. Aufl., S. 1059.

Was unter den einzelnen Wettbewerbsbezeichnungen zu verstehen ist und inwiefern sie mit dem letztlich für das GWB gewünschten Wettbewerb übereinstimmen, wird in der Begründung nirgends direkt expliziert. Aus der Sicht des volkswirtschaftlichen Sprachgebrauchs weisen die unterschiedlichen Bezeichnungen des Wettbewerbs jedoch auf unterschiedliche Wettbewerbsbegriffe hin, die zur Vorstellung der Begründung vom Wettbewerb in vermutlich unterschiedlichem Ausmaß beigetragen haben. Die Herausarbeitung eines Bildes vom gewünschten Wettbewerb müßte auf einem Sichtbarmachen der im relevanten Teil der Begründung verdeckten Aussagen über Wettbewerb beruhen. Dieser Weg ist u.A. nach am leichtesten so zu beschreiten, daß von uns einige durch obige Wettbewerbsbezeichnungen angesprochene volkswirtschaftliche Wettbewerbsbegriffe als Kristallisationspunkte der Diskussion über die relevanten Gedanken benutzt werden. Zweck dieses Vorgehens ist die Gewinnung von Topoi für das gesuchte Bild vom Wettbewerb, von dem wir uns Aussagen über die Rangordnung und nähere Beschaffenheit der oben genannten Ziele versprechen.

1. Der Ausgangspunkt

Aus der Sicht volkswirtschaftlicher Begriffskataloge gibt es viele Möglichkeiten, Ausdrücke wie "Marktform der vollkommenen Konkurrenz", "vollständigen Wettbewerb" und "Marktverfassung des freien Wettbewerbs" zu interpretieren. Eine vorherrschende Meinung [1)] in der wissenschaftlichen Literatur ist der Ansicht, daß die am GWB maßgeblich beteiligten Persönlichkeiten von den Vorstellungen der neoliberalen Wirtschaftswissenschaft,der sog. Freiburger Schule, insbes.

durch die Vorstellungen Euckens, geleitet wurden. Es liegt deshalb nahe, auf diese Vorstellungen zurückzugreifen.

2. "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" und "vollständiger Wettbewerb"

Der Ausdruck "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" ist bei den Vertretern der Freiburger Schule [2] nicht üblich. Häufig sprechen sie dagegen von der "Marktform der Konkurrenz" oder, was in diesem Zusammenhang schon aus Gründen sprachlicher Analogie besonders relevant zu sein scheint, von der "Marktform der vollständigen Konkurrenz".

---

1) Um einige Beispiele zu nennen:

a. Benisch, W., vgl. S. 18 u. Arbeit, Anmerkung zur Fußnote 2)2.

b. Müller-Henneberg, Gm.K., 2. Aufl., S. 63.

c. Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, ...a.a.O., S. 15.

d. Andreae, W., Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, WuW 1953, 396 ff.

e. Biedenkopf, K.H., Freiheitliche Ordnung ...a.a.O., S. 13.

f. Knöpfle, R., Der Rechtsbegriff...a.a.O., S. 147.

g. Hoppmann, E., Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift: Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 186, Fußnote 38 (nachfolgend zitiert: Workable... a.a.O., S...).

2) Sie entstand Anfang der dreißiger Jahre in Deutschland. Neben Eucken zählen zu ihr vor allem Hans Großmann-Dörth, Franz Böhm, Rudolf Johns, Adolf Lampe, Friedrich Lutz, Bernhard Pfister, Edith Eucken-Erdsiek, ⟶

Sie liegt vor, wenn auf beiden Marktseiten die Marktform "Konkurrenz" gegeben ist [3], wobei für das Gegebensein der "Konkurrenz" entscheidend ist,

> "daß der Einzelne infolge der Größe des Marktes und der Geringfügigkeit seines Angebots oder seiner Nachfrage... den Preis... als Plandatum setzt und entsprechend handelt," [4]

d.h. sich bei der Fixierung seiner Angebotsmenge danach richtet. [5] Kriterium der Marktform "Konkurrenz" ist für Eucken somit ein individuelles Marktverhalten. [6]

Von diesem Begriff der "Marktform" ist ein engerer Marktformenbegriff zu unterscheiden, der Verhaltensweisen nicht in die Betrachtung einbezieht. Viele Nationalökonomen verstehen unter "Marktformen" nur typische Konstellationen struktureller Marktgegebenheiten,

---

Constantin von Dietze, Hans Gestrich sowie Euckens Schüler Karl Friedrich Maier, Fritz W. Meyer, Leonhard Miksch, K. Paul Hensel und Hans Otto Lenel.

Man vgl. Becker, H.P., Die soziale Frage im Neoliberalismus, Heidelberg-Löwen 1965, S. 43.

3) Vgl. oben S. 49, Fußnote 2) b.

4) a. So Eucken, W., Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Aufl., Godesberg 1947, S. 154.

b. Im gleichen Sinne, aber noch mehr mit der Marktstruktur verhaftet:

Miksch, L., Wettbewerb als Aufgabe, Godesberg 1947, S. 40.

5) Eucken, W., Grundlagen... a.a.O., S. 154.

6) Man vgl. hierzu statt vieler Recktenwald, H.C., Zur Lehre von den Marktformen, in:

Preistheorie (Hrsg. Ott, A.A.), Köln-Berlin 1965, S. 67.

"(das 'Gefüge') der Angebotsseite und der Nachfrageseite eines Marktes." [1]

Die Frage, wie sich aufgrund der gegebenen Marktstruktur die Marktteilnehmer verhalten [2] bzw. wie sich der Preis bildet [3], wird analytisch von der Marktform getrennt.

Unter "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" versteht man üblicherweise die Marktform des vollkommenen Polypols. Sie ist im allgemeinen durch zwei Merkmale gekenhzeichnet:

---

1) a. Mahr, A., Volkswirtschaftslehre, Wien 1959, S. 113.

b. Den Grund für die weite Verbreitung dieses Marktformenbegriffs sieht Gutenberg z.B. in seiner besonderen Zweckmäßigkeit: Es habe sich einfach als besonders zweckmäßig herausgestellt, in das System vollkommener und unvollkommener Märkte ein Gliederungsschema einzufügen, das bestimmte Annahmen über die Struktur des Angebots und der Nachfrage enthält. Dabei wähle man die Zahl der Marktbeteiligten auf der Angebots- bzw. Nachfrageseite zum Einteilungskriterium für die verschiedenen Marktformen.

Vgl. Gutenberg, E., Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1962, S. 167.

2) So z.B. bei:

a. Mahr, A., ...a.a.O., S. 113:

Das homogene Polypol ist dadurch gekennzeichnet, "daß eine große Zahl von Anbietern vorhanden ist, von denen keiner für sich allein durch Änderung der von ihm angebotenen Menge einen merklichen Einfluß auf den Preis ausüben kann. In der heutigen Literatur wird für die zuletzt genannte Marktform '...vollkommene... Konkurrenz' verwendet."

Davon trennt Mahr die Verhaltensweise "vollkommene Konkurrenz": →

1. Durch ein wirtschaftlich homogenes Gut;
2. durch eine so große Anzahl Wettbewerber, daß der einzelne keinen merklichen Einfluß auf die Preise ausübt.

Wie verhalten sich diese beiden Auffassungen von "Marktform" zur Regierungsbegründung? Die Forderung der Regierungsbegründung, für die "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" müßte die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten so groß sein,

> "daß der Marktpreis für den Unternehmer ein von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist", 4)

entspricht beiden geschilderten Auffassungen von "Marktform". Die Tatsache jedoch, daß die Begründung zwischen "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" und "vollständigem Wettbewerb" unterscheidet, weist - sofern dieser Unterscheidung überhaupt eine sachliche Bedeutung zukommen soll - auf eine Interpretation nach der zweiten, engeren Auffassung von "Marktform" (beider-

---

> "Es handelt sich vielmehr bei vollkommener Konkurrenz um eine bestimmte Verhaltensweise der Marktparteien, die meistens nur beim homogenen Polypol anzutreffen ist..."
>
> Ebenda, S. 114.

b. Böhler, E., Nationalökonomie, Zürich 1960, S. 196.

c. Gutenberg, E., ...a.a.O., S. 168.

3) Carell, E., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Heidelberg 1966, S. 30.

4) Gem.K., 1. Aufl., S. 1059.

seitiges vollkommenes Polypol) hin. Aus einer solchen Deutung ergibt sich kein Widerspruch zu Euckens vollständiger Konkurrenz. [1] Für sie ist die Marktform des vollkommenen Polypols eine nicht notwendige Voraussetzung, da sich selbst Duopolisten als Konkurrenten verhalten können. [2] Jedoch ist das beiderseitige Polypol die Marktform, die ein solches Verhalten am wahrscheinlichsten erscheinen läßt, da man im allgemeinen annehmen kann, daß sich die Marktteilnehmer so verhalten, wie es ihrer Situation entspricht.

3. "Vollständiger Wettbewerb" und "Marktverfassung des freien Wettbewerbs"

Die nächste Frage gilt dem Verhältnis von "vollständigem Wettbewerb" und "Marktverfassung des freien Wettbewerbs". So unterschiedlich sich die Auffassungen von "freier Konkurrenz" im einzelnen auch darstellen mögen, zwei Merkmale sind ihnen offenbar allen gemeinsam:

1. Die Freiheit von bestimmter privater Macht, insbes. in Verbindung mit monopolistischen Elementen (geschlossenen Märkten usw.) oder Monopolen und
2. die Freiheit vor autoritären staatlichen Eingriffen. [3]

---

1) Miksch bezeichnet das vollkommene Polypol z.B. sogar als "Zustand der vollständigen Konkurrenz". Er nennt als Bedingungen dafür: "... eine Vielzahl von Marktteilnehmern mit ungefähr gleich großer Kapazität, ein einheitlicher Markt, eine einheitliche Ware und eine ausreichende Marktübersicht."
Miksch, L., Wettbewerb... a.a.O., S. 66.

2) Carell, E., ...a.a.O., S. 207.

3) a. Pesch unterscheidet ähnlich zwischen "freier Konkurrenz" im weiteren und engeren Sinne: →

Da der Euckensche vollständige Wettbewerb das erste Merkmal erfüllt, müßte die Antwort auf die Frage, wann ihm das Adjektiv "frei" zukommt, davon abhängen, in welchem Umfang er von autoritären staatlichen Eingriffen frei ist, bzw. frei sein kann.
Die Tatsache, daß die Regierungsbegründung von der "Marktverfassung des freien Wettbewerbs" spricht, weist - sofern man unter "Marktverfassung" den rechtlichen Rahmen für die Marktprozesse versteht - auf den Zuschnitt der Problematik für die Bedürfnisse der praktischen Wirtschaftspolitik hin, denn die Gestaltung des rechtlichen Rahmens im Sinne des Wettbewerbs ist Aufgabe der Wirtschaftspolitik.

"Freie Konkurrenz im weiteren Sinne besagt ganz allgemein den Ausschluß jeder regelnden und einordnenden Einmischung staatlicher oder gesellschaftlicher Mächte in das wirtschaftliche Leben, in den Vollzug der verschiedenen Funktionen des wirtschaftlichen Lebensprozesses.
In einem engeren Sinne... bezieht sich der Ausdruck... auf... den freien Wettstreit der Produzenten und Händler, ihre Produkte, ihre Waren abzusetzen, der Arbeiter, lohnende Beschäftigung zu erlangen, und zwar nach Möglichkeit unter den vorteilhaftestenBedingungen."

Pesch, H., Lehrbuch der Nationalökonomie, Bd. III, Freiburg i.Br. 1913, S. 87.

b. Man vgl. ferner zum Begriff der freien Konkurrenz:

Wygodzinski, W., Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Leipzig 1923, S. 25.

Möller, H., Kalkulation Absatzpolitik und Preisbildung, Wien 1941, S.39.

Ammon, A., Grundzüge theoretischer Nationalökonomie, Bern 1948, S. 52 .

Böhler, E., Grundlehren der Nationalökonomie, Bern, 1948, S. 34.⟶

Das ist auch die Auffassung der Freiburger Schule. Ihr begriffliches Instrumentarium versucht Miksch problemgerecht zu gestalten, wenn er fordert, der Ausdruck

> "...'freier Wettbewerb' muß der entsprechenden staatlichen Marktverfassung vorbehalten bleiben. Hier soll daher in wettbewerbsrechtlichen Sinne stets von freier Konkurrenz... im wirtschafts- und markttheoretischen Sinne von vollständiger Konkurrenz... gesprochen werden." 1)

Die Grundzüge des Funktionszusammenhanges zwischen dem geschilderten vollständigen Wettbewerb und der Marktverfassung des freien Wettbewerbs kann man nur mit Hilfe der Euckenschen Problemstellung erfassen.

Euckens Anliegen als Wirtschaftspolitiker war, eine funktionsfähige menschenwürdige Ordnung der Wirtschaft durchzusetzen. 2)

Weddingen, W., Theoretische Volkswirtschaftslehre, Meisenheim 1948, S. 117.

Bülow, F., Volkswirtschaftslehre, Berlin-Frankfurt 1957, S. 321.

Willeke, R.J., Marktformen, in: HDSW, Bd. VII, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 136 ff.

Schneider, E., Einführung in die Wirtschaftstheorie, Bd. II, Tübingen 1963, S. 76.

Röpke, W., Die Lehre von der Wirtschaft, Erlenbach-Zürich 1965, S. 212.

1) a. Miksch, L., Wettbewerb als Aufgabe, Godesberg 1947, S. 33; man vgl. dens. in: Möglichkeiten und Grenzen gebundener Konkurrenz, ...a.a.O., S. 109.

b. Den Begriff "Wirtschaftsverfassung" gebraucht Würdinger im gleichen Sinne. Man vgl. S. 213, Fußnote 2)a. u. Arbeit.

2) "...ist es die zentrale Aufgabe der Wirtschaftspolitik, in der industrialisierten Wirtschaft Bedingungen herzustellen, unter denen sich funktionsfähige und menschenwürdige Wirtschaftsordnungen entfalten können." Eucken, W., Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO, Bd. II, S. 7.

Soziale Fragen sind für ihn - ähnlich der in der Regierungsbegründung zum Ausdruck kommenden Ansicht - Teil der großen Frage nach einer hinreichend freien Wirtschaftsordnung [1], denn alle Fragen unserer Zeit führen zum Wirtschaftsordnungsproblem, das er deshalb auch als "Zentralfrage unseres Zeitalters" [2], als "Zentralfrage des menschlichen Zusammenlebens und der menschlichen Persönlichkeit" [3] betrachtet.
Menschenwürdig ist eine Ordnung, die dem Menschen
1. die Befriedigung materieller Bedürfnisse so weit wie möglich erleichtert. Dafür ist Leistung und Leistungssteigerung erforderlich, dafür ist auch erforderlich, eine Ordnung zu finden, die den Wirtschaftsprozeß lenkt. [4]

2. Ferner ist eine möglichst große persönliche Freiheit notwendig, denn Freiheit - mit der immer Eigenverantwortlichkeit und persönliches Risiko verbunden sind - ist Voraussetzung zur Entfaltung der Persönlichkeit.
Nur mit Hilfe beider Erfordernisse zugleich kann man zu einer menschenwürdigen Ordnung gelangen. Um diese Werte bis herab auf eine Ebene praktischer wirtschaftspolitischer Maßnahmen zu konkretisieren, war für Eucken die Ergänzung eines als nicht ausreichend empfundenen

---

1) Eucken, W., Die soziale Frage, in: Salin, E. (Hrsg.), Synopsis, S. 131.
2) Eucken, W., Das ordnungspolitische Problem, in: ORDO I, 1948, S. 77 ff.
3) Eucken, W., Nationalökonomie wozu?, Godesberg 1947, S. 71.
4) Eucken, W., Die Wettbewerbsordnung... a.a.O., S. 27.

vorhandenen theoretischen Instrumentariums durch eine möglichst sachgerechte Typologie der Ordnungselemente, Ordnungsformen und Wirtschaftssysteme notwendig. Die Aufgabe glaubte Eucken gelöst zu haben. Das Ergebnis ist bekannt: Obiger Zielsetzung dient am besten eine marktwirtschaftlich ausgerichtete Wirtschaftsordnung, die auf einem funktionsfähigen Preissystem vollständiger Konkurrenz beruht [1], denn sie ist die einzige Ordnung, die das spontane Planen des Individuums voll zum Zuge kommen läßt. [2] Sie dient der gewünschten Leistung und Lenkung, indem sie über den Marktpreismechanismus Fehlleistungen und Fehllenkungen entgegenwirkt. Sie sorgt zugleich für individuelle Freiheit, indem sie private Macht zügelt und sich mit bestimmter staatlicher Macht als unvereinbar erweist. [3]

---

1) Eucken, W., Grundsätze... a.a.O., S. 254.

2) "Bei Anwendung der wesentlichen Kriterien und Würdigung der gegebenen geschichtlichen Gesamtsituation bleibt allein die Wettbewerbsordnung, welche das ordnungspolitische Problem zu lösen vermag." Eucken, W., Die Wettbewerbsordnung... a.a.O., S. 28.

3) Miksch findet dafür folgende Worte:

"Die sich selbst regulierende Ordnung des freien Wettbewerbs muß, soweit irgend möglich, als Grundlage der Wirtschaftsverfassung erhalten bleiben, weil es schlechterdings kein anderes Prinzip gibt, das mit einem Minimum an Verwaltungsaufwand ein Maximum an Leistungsfähigkeit, Elastizität und Fortschritt verbindet.
Dazu kommt ein zweiter Gesichtspunkt, der gegenwärtig eine besondere Rolle spielt: Nur die Wettbewerbsordnung ist fähig, eine Konzentration wirtschaftlicher Macht wirksam zu unterbinden. —→

Nach Eucken ist es deshalb Hauptaufgabe der Wirtschaftspolitik, sich an dem bei vollständiger Konkurrenz am Markte vollziehenden Preismechanismus zu orientieren, d.h.:

1. Ihn auf Märkten funktionsfähig zu machen und/oder zu erhalten - die Märkte also im Sinne der als normatives Ideal dienenden vollständigen Konkurrenz zu ordnen [1], denn sie ist ja die Marktform, deren Preise den Wirtschaftsprozeß am besten lenken. [2]

Beides, die negative Abwehr einer wirtschaftspolitisch und politisch gefährlichen Machtzusammenballung und die positive Fundierung einer einheitlichen und leistungsfähigen Wirtschaftsverfassung, war von jeher für die Vertreter der antimonopolistischen Front in Deutschland maßgebend."
Miksch, L., Wettbewerb... a.a.O., S. 210.

1) "Diejenige Marktform, die in der Wettbewerbsordnung dominiert, ist die Marktform der 'vollständigen Konkurrenz'."
Eucken, W., Die Wettbewerbsordnung... a.a.O., S. 23.

2) a. Ebenda, S. 27.

b. Wobei hier das Verb "ordnen" als Anwendung einer bestimmten Methode der Regulierung von Preisbildungsprozessen verstanden sein will: Faktoren, welche die Preisbildungsprozesse bestimmen, sind so zu gestalten, daß sich die Prozesse von selbst in der gewünschten Richtung vollziehen.
Das Substantiv "Wettbewerbsordnung" deutet entsprechend auf eine unter Dominanz des Prinzips der vollständigen Konkurrenz geschaffene Ordnung hin.

Vgl. Miksch, L., Wettbewerb... a.a.O., S. 15.

2. Das gesamte übrige wirtschaftspolitische Instrumentarium bei Gebrauch nach diesem politischen Ziel auszurichten.

Entsprechend rückt die vollständige Konkurrenz in der bei Eucken feststellbaren Hierarchie der Mittel und Zwecke auf der den obigen Zwecken [1] (Befriedigung materieller Bedürfnisse, Freiheit) nachgeordnetenMittelebene der "Prinzipien" zur Gestaltung der Wirtschaft) [2] in das Zentrum des Interesses. Sie ist das "Grundprinzip" unter den eine freiheitliche Wirtschaftsordnung konstituierenden Prinzipien (Schaffung eines funktionsfähigen Preissystems nach dem Vorbild der vollständigen Konkurrenz, bestimmte Währungspolitik, offene Märkte, Privateigentum, Haftung, Konstanz der Wirtschaftspolitik)[3], die ihrerseits dazu dienen, die nachfolgende Ebene der Mittel zu gestalten.

---

1) Ein wesentlicher Teil dieser bei Eucken feststellbaren Zweiseitigkeit wird von Biedenkopf verkannt, wenn er angibt:

"Maßstab für den Wert oder Unwert dieser Ordnung war keineswegs das Postulat der Leistungssteigerung und Wohlstandsförderung... Ihr Wertmaßstab war die Würde und Freiheit des Menschen."
(Biedenkopf, K.H., ...a.a.O., S. 27)
Wie das Zitat zeigt, übersieht Biedenkopf die Schichtigkeit in Euckens "leitenden Gedanken" bei dem Versuch, seine von uns oben (S. 223) - im Rahmen der typischen Begründungen zum Freiheitsschutzgedanken - dargestellten Ausführungen zu untermauern. Biedenkopf ist zugute zu halten, daß sich auch das Problem der materiellen Versorgung der Verbraucher als Freiheitsproblem auffassen läßt, denn der Mensch ist üblicherweise erst frei zu menschenwürdigen Dingen, wenn seine dringendsten materiellen Bedürfnisse befriedigt sind. So gesehen ist das fundamentale ökonomische Problem der Knappheitsminderung auch ein Freiheitsproblem. →

Es sollen solche Ordnungselemente in den die Märkte umgebenden und in sie hineingreifenden rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmen eingesetzt werden, unter denen sich die vollständige Konkurrenz im gewünschten Sinne entfalten kann. [4] Denn nicht jeder Wettbewerb dient den Zwecken und dem Ziel in gewünschter Weise, ist Leistungswettbewerb. Wettbewerb kann - wenn er sich völlig frei außerhalb eines rechtlichen Rahmens vollzieht - auch mit Täuschung , Betrug oder Diskriminierung betrieben werden, mit der Folge, daß sich

---

(E.T.V. Heuss weist z.B. darauf hin, daß Gewerbefreiheit und Freizügigkeit im 19. Jahrhdt. ihren Sinn weitgehend durch das "eherne Lohngesetz" verloren. Vgl. seinen Artikel: Liberalismus, Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart-Berlin 1966, Sp. 1244.
Ebenda, Sp. 1241 heißt es:
"Im 18. Jahrhdt. war man der Auffassung, daß für die Entfaltung der... Persönlichkeit die Gewährung von Grundrechten ausreichen würde. Im Laufe der industriellen Revolution zeigte sich jedoch, daß eine solche Freiheit für die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit ohne praktischen Wert ist, wenn sich ein großer Teil der Bevölkerung in wirtschaftlicher Not und Armut befindet...")

Da jedoch seine Bewältigung Gegenstand einer besonderen Wissenschaft ist, wird nichts gewonnen, wenn man es in der unübersehbaren Menge der Freiheiten beläßt. Eucken jedenfalls hat auf eine ökonomische Ausrichtung der zu schaffenden Wettbewerbsordnung und eine entsprechende Problembehandlung nicht verzichtet: "Lenkung des Wirtschaftsprozesses und Leistungssteigerung zusammen sollen in der Wettbewerbsordnung durch vollständige Konkurrenz bewirkt werden."
Die Wettbewerbsordnung... a.a.O., S. 27.

2) Eucken, W., Die Wettbewerbsordnung... a.a.O., S. 28 ff.

3) Eucken, W., Grundsätze... a.a.O., S. 254 ff.

4) Ebenda, S. 289 .

die Träger solcher Verhaltensweisen dem Leistungszwang des Marktes entziehen. Solche Formen des Wettbewerbs (Nichtleistungswettbewerb) sind wegen ihrer sozialschädigenden Wirkungen mit der gewollten Ordnung des Marktgeschehens nicht vereinbar. [1] Außerdem gibt es Märkte (z.B. Arbeitsmärkte) auf denen der Wettbewerb - etwa durch anomale Reaktion des Angebots - zu ökonomisch (und sozialpolitisch) unerwünschten Wirkungen führt. [2] Um derartige "Entgleisungen" zu vermeiden, bedarf der Wettbewerb einer Ordnung, der "Marktordnung" oder der Marktverfassung. Die teleologisch auf die Prinzipien ausgerichteten Ordnungen, bzw. die Verfassungen, sind Mittel, um den als gedankliche Leitfäden dienenden Prinzipien zu allgemeiner praktischer Wirksamkeit zu verhelfen. Das mag durch das GWB als Teil der Marktverfassung im Hinblick auf die Prinzipien "vollständige Konkurrenz" und "offene Märkte" geschehen sein. [3]

---

1) Zum Katalog der Verhaltensweisen die Nichtleistungswettbewerb sind vgl. man Gutmann, G., Hochstrate, H. J., Schlüter, R., Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1964, S. 58.

2) Hensel, K.P., Marktordnung, in: HDSW, Bd. VII, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 165.

3) These der Regierungsbegründung:

"Das 'Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar." Gem.K., 1. Aufl., S. 1057

Ferner:
"Es zeigt sich... daß die Aufgabe, den Leistungswettbewerb zu fördern, nicht allein durch ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelöst werden kann. Die gesamte Wirtschaftspolitik muß vielmehr darauf ausgerichtet sein, durch gesetzliche Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, des Patentrechts, des Steuerrechts, des Gewerberechts und durch sonstige wettbewerbsfördernde Maßnahmen der Entstehung wettbewerbsausschließender Machtgebilde entgegenzuwirken." Ebenda, S. 1060.

In dieser, als Koordinationsordnung von Eucken in scharfem Gegensatz zur Subordinationsordnung der Zentralverwaltungswirtschaft gesehenen Ordnung [1], ist die Rolle des Staates auf die Funktion einer "ordnenden Potenz" beschränkt [2], deren Politik im wesentlichen darauf gerichtet sein sollte, wirtschaftliche Machtgruppen aufzulösen oder ihre Funktionen zu begrenzen [3] und deren Tätigkeit auf die Gestaltung der Wirtschaft, nicht jedoch auf die Lenkung des Wirtschaftsprozesses abzielen sollte. [4] Das bedeutet nichts anderes, als daß der Staat in seiner Wirksamkeit im wesentlichen darauf begrenzt werden soll, die Konkurrenz zu unterstützen und einer Wirtschaftsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, in welcher die Konkurrenz die wesentliche Regulierungsfunktion der Wirtschaft übernimmt. Der Staat soll Sorge dafür tragen, daß überall, wo die Marktform der vollständigen Konkurrenz besteht, die Marktverfassung der freien Konkurrenz eingeführt wird; ferner, daß diese Marktform überall hergestellt wird, wo sie herstellbar ist (z.B. Vermehrung der Marktteilnehmer durch Abbau von Marktschranken, z.B. Zöllen) und anschließend dort ebenfalls die Marktverfassung der freien Konkurrenz eingeführt bzw. gesichert wird. [5]

---

1) Böhm, F., Die Idee des ORDO... a.a.O., S. XXXII.
2) Eucken, W., Grundsätze... a.a.O., S. 337.
3) Ebenda, S. 334.
4) Ebenda, S. 336.
5) Miksch, L., Wettbewerb... a.a.O., S. 36.

Schließlich müßte er dort, wo diese Marktform und damit eine Steuerung durch den Wettbewerb nicht möglich ist, für eine entsprechende Ordnung (z.B. Marktverfassung der "gebundenen Konkurrenz" [1]) sorgen, bzw. seine erforderlichen Interventionen so wählen, daß die den

> "echten Wettbewerbsmärkten innewohnenden wichtigsten Tendenzen möglichst voll erhalten bleiben, ... erstens die Tendenz zur Minimalisierung der Kosten, zweitens die Tendenz zur allmählichen Aufzehrung der Unternehmergewinne... drittens die Tendenz zur vorübergenenden Ernönung der Unternehmergewinne bei zunächst noch gleichbleibenden Preisen im Fall entscheidender Kostensenkungen und Produktionsverbesserungen." [2]

Für den freiheitlichen Rahmen, den die Marktverfassung des freien Wettbewerbs für solche Marktprozesse bildet, die aus der "Marktform der vollständigen Konkurrenz" herauswachsen, gilt somit der Satz: Ordnung durch Wettbewerb soweit wie möglich, Ordnung des Wettbewerbs soweit wie nötig.

---

[1] Ebenda, S. 36.

[2] Böhm, F., Die Idee des ORDO... a.a.O., S. XXXIII.

4. Unzulänglichkeiten der vollständigen Konkurrenz als wirtschaftspolitisches Ideal

Obwohl die dargestellten leitenden Gedanken Euckens und der Regierungsbegründung Parallelen aufweisen, die überdies durch zahlreiche, für eine enge Anlehnung der Begründung an Eucken sprechende Hinweise ergänzt werden könnten[1], ist die "vollständige Konkurrenz" von der Regierungsbegründung als wirtschaftspolitisches Leitbild für die Praktizierung des GWB nicht übernommen worden. Das mag daran liegen, daß eine Ordnung der Märkte im Sinne der vollständigen Konkurrenz nicht in der Lage ist, die ökonomischen und freiheitlichen Zwecke in erwünschtem Umfange zu fördern. Nach dem Willen der Regierungsbegründung soll Wettbewerb erweckt und erhalten werden, damit er z.B. dem technischen Fortschritt und der individuellen Freiheit dient. Interpretiert man Wettbewerb als voll-

---

1) So soll z.B. der Staat nur insoweit in den Marktablauf lenkend eingreifen,

"wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist." (Abschnitt A I, Gem.K., 1. Aufl., S. 1057; man vgl. auch Abschnitt A III, ebenda, S. 1058).

Entspechend bemißt die Regierungsbegründung die Aufgaben des Gesetzgebers. Diese lägen darin,

" a) Störungsfaktoren im Marktablauf dadurch auszuschließen, daß er die vollständige Konkurrenz in einem möglichst großen Umfang erhält,

b) auf Märkten, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht hergestellt werden kann, die mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung zu verhindern..." (Ebenda, S. 1059).

Wobei es besonders darauf ankäme,

"daß die staatliche Aufsicht in der Richtung des vollständigen Wettbewerbs wirkt, d.h. ⟶

ständigen Wettbewerb, so stößt man bei einer Funktionsanalyse auf Schwierigkeiten: Technische Fortschritte führen nicht nur zu Kostensenkungen bekannter Produkte, sondern auch zu Qualitätsverbesserungen und vor allem zur Schaffung neuer Produkte. Sie sprengen damit den Rahmen der vorhandenen Märkte. Neue Märkte entstehen, auf denen die Träger des technischen Fortschritts die Preise nicht vom Markt nehmen können, weil sie auf ihrem Markt die ersten sind. Sie müssen die Preise setzen. Damit ist jedoch die vollständige Konkurrenz durchbrochen. Wollte man den technischen Fortschritt der vollständigen Konkurrenz zuliebe staatlich entsprechend manipulieren oder gar unterbinden, würde das einerseits auf eine Beschneidung der Produzenten- und Anbieterfreiheit hinauslaufen, die andererseits eine Beschränkung der Wahlfreiheit der aktuellen und/oder potentiellen Marktgegenseite zur Folge haben müßte. [1] Lenker des Wirtschafts-

---

daß nötigenfalls durch Auflagen und Bedingungen das Verhalten der Marktbeteiligten so gestaltet wird, daß sie nach Kostensenkung bei steigender Leistung streben." (Ebenda, S. 1959/1060; vgl. auch den Abschnitt VI, Wirtschaftsbereiche mit unvollständigen Wettbewerb, ebenda, S. 1060).

1) Zweifellos gehört die vollständige Konkurrenz zu jenen Wettbewerbsbegriffen, für die das nachfolgende Wort J.M. Clarks zutrifft: "A third group of objectives is concerned... with the conditions of competitive rivalry in itself. It regards freedom and opportunity as ends in themselves... especially it is concerned that efficiency and the diffusion of its benefits should not be dependent on the good will and arbitrary decision of private producers, nor on direct govermental order, but on a situation in which normal business motives impel business units... to conduct that will tend to further the desired results. This goal, like the goal of diffusion of gains, is overrigidified in the theoretical concept of an economic law which dictates economic conduct and its results with a precision from which there is no escape. This would reduce economic freedom to a paradox.." Competition: Static Models and Dynamic Aspects, Americ.Econ.Rev., Vol. 45/1955, S. 454.

geschehens wäre, dem Umfange der jeweiligen staatlichen Manipulation entsprechend, nicht mehr der Konsument, sondern der Staat. Die Gesamtbilanz an Freiheit hätte sich zuungunsten der Marktteilnehmer und zugunsten des Staates in einem Ausmaß verschoben, das bei Zugrundelegung eines anderen Wettbewerbsbegriffes, der das erwünschte Verhältnis zum technischen Fortschritt hat, vielleicht vermeidbar wäre. Die vollständige Konkurrenz ist somit nicht das geeignete Instrument zur Verfolgung der erwünschten Zwecke.

Da unsere Interpretation anhand volkswirtschaftlicher Begriffe auf dem von uns eingeschlagenen direkten Weg - der bei den wettbewerblichen Bezeichnungen der Regierungsbegründung ansetzt - nicht weiterhilft und sich auch der denkbare indirekte Weg zur Erfassung des Wettbewerbs über der Begriff "Monopol" nicht als gangbar erweist [1], müssen wir nach neuen Ansatzpunkten suchen. Wir sehen sie in den Aussagen der Regierungsbegründung, die den gewünschten Wettbewerb umschreiben.

---

1) Da Wettbewerb und Monopol nach W. Röpke (Wettbewerb. Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung, in: HDSW, Bd. XII, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 31) Korrelativbegriffe sind und auch in der Regierungsbegründung offenbar als solche behandelt werden ("Der Feind des freien Wettbewerbs ist das Monopol." Vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1067), ist der Versuch denkbar, sich dem Wettbewerb von der Seite des Monopols her zu nähern.
Voraussetzung für den Erfolg eines solchen Versuches wäre etwa die Definition des Monopols. Zu dieser sieht sich die Regierungsbegründung nicht in der Lage, da "die Definition der Monopolstellung unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnet."
Gem.K., 1. Aufl., S. 1060.

5. Die originäre Absicht der Regierungsbegründung

Was die Regierungsbegründung letztlich beabsichtigte, läßt sich relativ klar erkennen. Insbes. aus dem der kurzen Einleitung folgenden Kapitel II wird deutlich, daß sie den Bedingungen Raum schaffen wollte, die in der liberalen Wirtschaftsepoche des 19. Jahrhts.

> "die Menschheit ein gewaltiges Stück in ihrer zivilisatorischen Entwicklung vorwärts gebracht"

haben, die

> "ungeahnte Wirtschaftskräfte" [1]

entfalteten (was natürlich auch die Beseitigung schädlicher Einflüsse auf die gewünschten Bedingungen impliziert). Kurz: Sie wollte zu allererst Sorge dafür tragen, daß ökonomischer Liberalismus seine segensreichen Wirkungen entfalten kann.

aa. "Liberalismus" als Zweck des GWB

Die segensreichen Wirkungen des Liberalismus, die auch in der Vorstellung der Regierungsbegründung mit einem Minimum an staatlichen Eingriffen in den Wirtschaftsprozeß verbunden sind (vgl. S. 268, Fußnote 1), sieht diese neben seiner Fähigkeit, die Freiheit durch Wettbewerb zu sichern, auch in der Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung zum Wohl der Verbraucher und Konsumenten. Der "Liberalismus" hat also zwei Gesichter. Dem GWB ist offenbar nur die Aufgabe zugedacht, den Bedingungen Raum zu schaffen, die dem gewünschten Liberalismus entsprechen. Wenn das Gesetz deshalb Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und

---

[1] Ebenda, S. 1057.

Marktmacht [1] beseitigen soll, so läßt der Hinweis auf diese Bedingungen zugleich ihre mittelbare Mittelfunktion für Fortschrittsförderung, Leistungssteigerung und darüber hinaus für die Versorgung der Verbraucher und Konsumenten zutagetreten. Sein unmittelbarer Zweck ist die Entfaltung und Sicherung einer liberalistischen Vorstellungen entsprechenden Freiheit, die insbes. zur Entfaltung unternehmerischer Initiative [2] erforderlich ist, sowie die Zügelung und Bekämpfung bestimmter privater Marktmacht. Welche private Marktmacht wirtschaftlich unerwünscht ist, ergibt sich aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zielkomplex:

> "... wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt." [3]

Über welche Wege Marktmacht diese Tendenzen beeinträchtigen kann, hat die Regierungsbegründung angedeutet; durch (1) Übervorteilung des Verbrauchers, (2) volkswirtschaftliche Fehlinvestitionen und (3) durch Beeinträchtigung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts. [4]

---

1) Wirtschaftliche Macht, von der Marktmacht u.A. nach eine Teilmenge ist, beschreibt die Regierungsbegründung wie folgt:

"Durch die wirtschaftliche Macht kann der Marktpreis... willkürlich verändert und... der... Marktablauf im Interesse der einflußnehmenden Machtfaktoren gelenkt werden." Gem.K., 1. Aufl., S. 1059.

Generell wird danach unter Marktmacht die Möglichkeit zur willkürlichen Veränderung eines oder mehrerer Aktionsparameter sowie zu einer entsprechenden Einflußnahme auf den Marktablauf zu verstehen sein.

2) Ebenda, S. 1058.

3) Ebenda, S. 1057.

4) Ebenda, S. 1059.

Die nähere Interpretation von Freiheit und erwünschter bzw. unerwünschter privater Marktmacht hängt von den liberalistischen Vorstellungen ab, die der Regierungsbegründung zugrunde lagen. Ihnen wollen wir deshal weiter nachspüren.

bb. Merkmale des erwünschten Liberalismus

V. Hayek [1] und andere [2] haben wiederholt darauf hingewiesen, daß sich im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert in Europa zwei verschiedene Arten von "Liberalismus" entwickelt haben: Liberalismus nach englischer Tradition und Liberalismus kontinentaleuropäischer Prägung. Während letzterer insbes. durch einen konstruktivistischen Rationalismus gekennzeichnet wird, der mit der Überzeugung verbunden ist, daß allein die unabhängige Vernunft fähig und berufen ist, Zivilisation zu schaffen, ist criterium specificum des Liberalismus nach englischer Tradition der Glaube, daß Ursache wohltuender, in Verbindung mit der durch die Rule of Law [3] gebundenen Freiheit auftretender Wirkungen eine sich selbst bildende spontane Ordnung gesellschaftlicher Erscheinungen sei. -

---

1) v. Hayek, F.A., Wahrer und falscher Individualismus, in: ORDO, Bd. I, Opladen 1948, S. 22.
Ders., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, in: ORDO, Bd. XIIX, 1967, S. 11

2) z.B. Heuss, E.T.V., Liberalismus... a.a.O., Sp. 1238 ff.

3) Die Rule of Law wurde im 17. und 18. Jahrhundert im Rahmen des englischen Common Law entwickelt. ——→

Was übrigens auch zu den leitenden Gedanken des amerikanischen Antitrustrechts zählt, denn der darin verankerte Schutz des Wettbewerbs hat seine wesentliche politische Grundlage ebenfalls in dem Postulat der Rule of Law. Da nur im Rahmen dieser Art von Liberalismus Raum für den in der Regierungsbegründung erwähnten Sachverhalt ist, daß

> "der Unternehmer... das Was, Wie, Wo, Wieviel und Wohin seiner Produktion selbst bestimmen" kann, da "für alle Unternehmer die gleiche Chance der Betätigung bestand" [1],

---

Sie ist vor allem eine Regel, die sich an den Gesetzgeber wendet. Sie besagt, "that there are limits to the power of ruling, that all government agencies and the law courts themselves must operate according to known rules and procedures." (Hogue, A.R., Origins of the Common Law, Bloomington-London 1966, S. 237)
"Der zentrale Punkt ist dabei, daß das Ermessen der Behörden in der Anwendung ihrer Zentralgewalt durch im voraus niedergelegte Gesetze so strikte gebunden ist, daß der Privatmann mit hinlänglicher Gewißheit voraussehen kann, wie sie handeln werden; weiters, daß die Gesetze selbst wirklich allgemeine Regeln sind und keine Privilegien für bestimmte Klassen oder Personen schaffen, gerade weil sie nur im Hinblick auf ihre langfristigen Wirkungen und deshalb in Unkenntnis der besonderen Personen erlassen wurden, die aus ihnen Gewinn oder Nachteil ziehen werden. Das Gesetz soll in dieser Hinsicht ein Werkzeug sein, das die Individuen für ihre Zwecke verwenden, und nicht ein Werkzeug, mit dem die Regierung die Einzelpersonen ihren Zwecken dienlich macht..." (v.Hayek, F.A., Entstehung und Verfall des Rechtsstaatsideals, in: Hunold, A. (Hrsg.), Wirtschaft ohne Wunder, Erlenbach-Zürich 1953, S. 44)
Insofern ist die Rule of Law ein Garant der Freiheit des Einzelnen. Die Forderung nach Gleichheit und Allgemeinheit der Gesetze macht dabei unwahrscheinlich, daß bei völliger Beseitigung jeder administrativen Willkür →

die verständlich nur im Sinne der Rule of Law zu interpretieren ist, kann von ihr nur dieser Liberalismus gemeint sein.
Träger der Entwicklung des Gedankens von Liberalismus nach englischer Tradition waren vor allem die Klassiker, insbes. Adam Smith. Das Phänomen, das sie untersuchten, war die in Verbindung mit größerer Freiheit eintretende materielle Blüte Englands im 18. Jahrhdt. Ex post stellten sie - wie auch die Regierungsbegründung andeutet [2] - Überlegungen an, um die Zusammenhänge theoretisch zu erfassen. Das Ergebnis waren Ansätze zu einer systematischen Theorie des liberalen Marktes: Bei ihren Versuchen, die Grundsätze einer Marktordnung zu formulieren, die ursächlich für den beobachteten Wohlstand ist, unterschieden sie zwischen "freiem Wettbewerb" und "Monopol". Freier Wettbewerb war für sie wirtschaftspolitisches Ideal [3].

---

die Gesetze die Freiheit des Einzelnen unnötig einschränken. Hier trifft man jedoch auf "wirkliche intellektuelle Schwierigkeiten, die noch keineswegs völlig gelöst sind. Gewisse Unterscheidungen zwischen Personen, z.B. nach Alter und Geschlecht, scheinen unvermeidlich. Die Forderung nach Gleichheit und Allgemeinheit der Gesetze läuft also darauf hinaus, daß sie keine nicht 'in der Natur der Sache gelegenen' oder für den Zweck irrelevanten Unterscheidungen macht." (Ebenda, S. 55).

1) Gem.K., 1. Aufl., S. 1057.

2) Gem.K., 1. Aufl., S. 1057.

3) Hoppmann, E., Workable Competition, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1966, S. 253 (nachfolgend zitiert als: Workable... a.a.O., S...).

Es scheint, als wolle die Regierungsbegründung mit dem Hinweis auf den Liberalismus für das GWB nur eine Wettbewerbsvorstellung zum Zuge kommen lassen, die entsprechend typisch ökonomisch-liberales Gedankengut enthält: In dessen Mittelpunkt steht der Glaube an eine Ordnung unter der Rule of Law und die These, daß ökonomisch vorteilhafte Entwicklungen eng mit Freiheit verbunden sind. [1] Träger der Freiheit ist das Individuum - d.h. der Privatproduzent, der Unternehmer, der Verbraucher, der Konsument. Ihnen werden die Prädikate Freiheit der Person, Freiheit des Eigentums, Selbstverantwortung und Handeln im Selbstinteresse gegeben. Die mit diesen Prädikaten bezeichneten Sachverhalte werden dabei in vielfältigen Zusammenhängen gesehen. Freiheit der Person bedeutet z.B. Freiheit der Persönlichkeit. Sie sichert dem einzelnen freien Zugang zum Gewerbe, freie Verfügung über die Ergebnisse seiner Produktion, freie Standortwahl seines Gewerbes, freie Auswahl der Gewerbetechnik, freie Konsumwahl. Aus der Freiheit der Person ergibt sich ferner die Freiheit des Eigentums, das freie Disponieren über das Eigentum an den Produktionsmitteln und über die Ergebnisse der Arbeit, [2]

---

1) "Es trägt also das Wettbewerbsgesetz jener wirtschaftlichen Auffassung Rechnung - ja beruht gerade auf ihr -, daß das gesamtwirtschaftliche Optimum nicht a priori feststehe, als solches erkannt und mit Lenkung oder Zwang erstrebt werden könne, sondern daß nur jene Situation als Optimum zu bezeichnen ist, die sich im lauteren und freien Kräftespiel entwickelt."
Würdinger, H., Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 1955, 75.

2) Naumann, R., Theorie und Praxis des Neoliberalismus, Berlin 1957, S. 21.

sowie ferner die Forderung nach Bekämpfung störender privater Macht und nach möglichst weitgehender Nichteinmischung des Staates in diese wirtschaftlich bedeutsamen Freiheiten.
Das Wesentliche, was sich somit aus den Ausführungen des relevanten Teiles A der Begründung "ergibt", ist die Aufgabe, einen Wettbewerbsbegriff zu finden., der diese Dinge bezogen auf Fortschritt und Leistungssteigerung befriedigend vereinigt.

d. Exkurs: Wettbewerb im US-Antitrustrecht, insbes. in Section I Sherman Act

Die Tatsache, daß manche Autoren - z.B. BF und Biedenkopf - bei der Abhandlung ihrer Gedanken zum Schutzobjekt des GWB das AT-Recht zu Rate ziehen, mag nicht zuletzt seinen Grund in der Verwandtschaft der soeben genannten liberalen Grundsätze mit den Grundsätzen des Antitrustrechts haben (vgl. S. 274). Zwar gibt es auch hier verschiedene Meinungen über den obersten leitenden Gesichtspunkt, das Schutzobjekt des AT-Rechts - insbes. diskutiert am Beispiel des Sherman Acts [1] -, die herrschende Meinung geht jedoch dahin, daß das Hauptziel des AT-Rechts das Interesse der Öffentlichkeit an der Sicherung der Freiheit des einzelnen durch Verhinderung oder Kontrolle privater Marktmacht ist.

---

[1] a. Würdinger meint, Schutzobjekt sei die individuelle Freiheit:

"Es wird... in den Vereinigten Staaten die Erhaltung des Wettbewerbs politisch begründet mit dem Gesichtspunkt der individuellen Freiheit, welche in der Freiheit des Zuganges zum Markt, in der Freiheit der unternehmerischen Betätigung zum Ausdruck kommt, weil darin dem einzelnen die Möglichkeit des Erfolges und Gewinnes sich erschließe, damit sich die in der Unab- →

Zur Sicherung einer in diesem Sinne demokratischen Ordnung wurde der Sherman Act geschaffen. [2] Die Tatsache, daß ein Wettbewerb, der als Resultat der durch das Gesetz angestrebten Ordnung angesehen wird, zugleich die leistungsfähigste Form marktlicher Koordi-

---

hängigkeitserklärung proklamierte Freiheit des Strebens nach Glück sich eröffne".
Würdinger, H., Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1963, 725.

b. Flume meint, Schutzobjekt sei Wettbewerb als Institution und individuelle Freiheit:

"Wenn Würdinger einen grundsätzlichen Gegensatz in der Intention des amerikanischen Antitrustrechts und unseres Kartellgesetzentwurfes herauszuarbeiten versucht hat, so ist dem u.E. nicht zu folgen. Das amerikanische Antitrustrecht ist... durchaus darauf abgestellt, den Wettbewerb als Institution im öffentlichen Interesse zu gewährleisten. Es ist... mit einer Regelung, welche den Wettbewerb als Institution im öffentlichen Interesse gewährleisten will, durchaus vereinbar - und das lehrt gerade das amerikanische Recht -, daß auch private Schadensersatzansprüche gegeben werden."
Flume, W., Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457.

c. Kaskell sieht das Schutzobjekt fast ausschließlich in ökonomischer Vorteilhaftigkeit:

"In seiner Politik betont das amerikanische Recht fast ausschließlich das Interes - se der Allgemeinheit an Verbesserung und Verbilligung der Produktion durch den Wettbewerb."
Kaskell, J., Gem.K., 1. Aufl., S. 100.

2) "The antitrust laws were not conceived either in 1890 or 1914, as statutes for general economic planning. They were intended only to prevent the unfaire exertion of bargaining power and to strike at gigantic monopolistic consolidations."
Dirlam, J.B., Kahn, A.E., Fair Competition. The Law and Economics of Antitrust Policy, New York 1954, S. 15.

nationsprozesse darstellt, ist von untergeordneter Bedeutung, obwohl dieser Gedanke auch zu den Intentionen des "Gesetzgebers" gehört. [1] Daß eine auf solchen freiheitlichen Ideen beruhende Ordnung gewissermaßen als Kuppelprodukt wirtschaftliche Kräfte freisetzt, die sich unter anderen Wirtschaftsverfassungen nicht in dem Maße entfalten, ist eine Tatsache, die als ein Indiz für die Richtigkeit der Konzeption der Gesetzgebung aufgefaßt wird, sie ist jedoch nicht der Grund oder gar das tragende Motiv für die Gesetzgebung. [2]

---

1) "... the general assumption of the drafters of the Sherman Act was that, if unfair tactics and excessive merging were prevented, incentives and punishments enforced by free consumers choice would so order industry as to benefit the community." Ebenda, S. 17.

2) a. Biedenkopf, K.H., ...a.a.O., S. 17.

b. Senator Hoar, der dem Gesetz die bekannte Formulierung gab, erklärte den Zweck des Gesetzes folgendermaßen:

"The complaint which has come from all parts and all classes of the country of these great monopolies, which are becoming not only in some cases an actual injury to the comfort of ordinary life, but are a menace to republican institutions themselves, has induced Congress to take the matter up... Now, the Judiciary Committee has carefully and as thoroughly as it could agreed upon what we believe will be a very efficient measure, under which one long forward step will be taken in suppressing this evil. We have affirmed the old doctrine of the common law in regard to all interstate and international commercial transactions, and have clothed the United States courts with authority to enforce that doctrine by injunction."

Stocking, G.W., Workable Competition and Antitrust Policy, Nashville 1961, S. 134, Fußnote 44.⟶

Der Freiheitsschutzgedanke findet z.B. in Section I in folgender Form Ausdruck:

> "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations, is hereby declared to be illegal..." [1]

Die hier erfaßten "restraints of trade" [2] leiten ihr Unwerturteil allein von einer unerwünschten Beschränkung persönlicher Freiheiten, der Handelsfreiheiten her. Ökonomische Maßstäbe werden abgelehnt, was natürlich nicht ausschließt, daß man die Probleme unter ökonomischen Aspekten aufrollt, zu denen die Worte competition und monopoly in ihrer Vieldeutigkeit einladen:

> "The policy of law is to prevent monopoly and preserve competition. Consequently, it would seem, that the law should condemn those practices which will result in decreasing competition or increasing monopoly. This is exactly the conclusion the courts have arrived at when they have approached the problem from the ecconomic, rather than the legal viewpoint." [3]

> Der Grundsatz des common law, von dem er dabei spricht, ist der an englischen Gerichten entwickelte Satz, daß gewisse restraints of trade unwirksam sind, weil sie dem öffentlichen Interesse auf zweierlei Weise zuwiderlaufen:
>
> "... they deprived an individual of an means of livelihood, and they deprived the public of his talents."
>
> Ebenda, S. 126.

1) Neale, A.D., The Antitrust Laws of the United States of America, University Press of Cambridge, Cambridge 1960, S. 3.

2) Kritisch zur Auslegung dieses Tatbestandselements Loevinger:

> "... restraint of trade is a legal abstraction that means only what the Court says it means."
> Ders., The Law of Free Enterprise, New York 1949, S. 94 .

3) Ebenda, S. 95.

Problem ist in jedem Fall, zu erkennen, ob eine bestimmte Handelspraktik, z.B. ein Vertrag, das erkannte Schutzobjekt des Gesetzes beeinträchtigt oder nicht. Der unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsgehalt der darüber möglichen Aussagen bildete nicht nur eine notwendige Voraussetzung für die Entwicklung der rule of reason [1], sondern führte auch im Laufe der Jahre dazu, daß bestimmte Praktiken als ihrem Wesen nach unreasonable [2] und daher nach dem Sec. I Sherman Act als per se verboten [3] beurteilt wurden. [4]

---

1) a. Sie wurde auch aus den Common Law übernommen:

"... was the common law rule of reason developed in English courts and adopted in America."

Stocking, G.W., ...a.a.O., 128.

b. Sie geht "auf die Entscheidungen aus dem 15. Jahrhundert zurück, nach denen ein Vertrag, durch den jemand zur Nichtausübung seines Berufes oder Gewerbes verpflichtet wurde, als rechtswidrig gilt. Im weiteren Verlauf... gingen die Gerichte jedoch dazu über, die Zulässigkeit von Vereinbarungen anzuerkennen, die als Nebenabreden zu dem Verkauf oder der Übertragung eines Gewerbes oder Geschäftes keine weitgehenden Beschränkungen enthielten als zum Schutz der Interessen des Käufers erforderlich waren."

Loevinger, L., Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1964, 589.

2) Loevinger, L., ebenda, S. 591/592.

3) Zum per se Verbot schreibt z.B. Joliet:

"certain types of behavior or certain kinds of agreements which, by their terms, relate to the competitive activity of traders will be considered inherently anticompetitive and injurious to the public without any need to determine if they have actually injured market competition."

Joliet, René, The Rule of Reason in the Antitrust Law, La Haye 1967, S. 7.

Dazu rechnen z.B. Preisabsprachen, Absprachen über Gebiets- oder Kundenaufteilungen und über Gewinn- und Verlustpools. [5] Bei der Prüfung einer Absprache nach der rule of reason stellt sich deshalb immer zunächst die Frage, ob es sich um eine per se Verletzung handelt oder ob die Absprache den geschützten Trade nur wegen ihrer tatsächlichen Begleiterscheinungen unangemessen beschränkt, wobei hier der Zweck, die Tendenz und die Wirkung der betreffenden Absprache auf das Schutzobjekt besonders nachgewiesen werden müssen. Allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen kommen nicht zum Zuge. [6] So können sich selbst nach der Rule of Reason

> "die Beteiligten nicht darauf stützen, daß die in Frage stehende Verhaltensweise 'nach Abwägung aller wirtschaftlichen oder sozialen Vor- und Nachteile als nutzbringend (benifical)' gerechtfertigt sei", denn: "Ein Werturteil solchen Umfanges zuzulassen, ginge über die normalen Grenzen richterlicher Befugnisse hinaus und ist für uns in jedem Falle bereits durch den Kongress getätigt worden." [7]

---

4) "... hat die Rechtsprechung... einen Katalog von Typen der Wettbewerbsbeschränkungen erarbeitet, bei denen die reasonableness prinzipiell nicht mehr geprüft wird, sie werden somit als per se unreasonable und damit als per se illegal angesehen."
Hoppmann, E., Workable Competition als ...a.a.O., S. 168.
Kritisch hierzu Loevinger, L., Die Rule of Reason in amerikanischen Antitrustrecht, ... a.a.O., S. 593.

5) Loevinger, L., ebenda, S. 593.

6) Ebenda, S. 590.

7) Ebenda, S. 598.

Die erforderliche Beurteilung erfolgt pragmatisch [1], in Anbetracht des rechtspolitisch entwickelten Maßstabes der Freiheit. [2] Insofern erscheint es gerechtfertigt, hier von einer rechtspolitischen Rule of Reason - im Unterschied zu einer wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen (vgl. S. 59, Fußnote 4) - zu sprechen. [3] Konzepte des workable bzw. effective competition, auf die sich Legislative und Exekutive beim GWB gelegentlich berufen haben [4], sind von der US-Rechtsprechung nie im Sinne einer wirtschaftspolitischen Rule of Reason übernommen

---

1) Ebenda, S. 594.

2) "The inquiry under this conception of the Rule is limited to whether a certain practice has produced an anticompetitive effect or was intended to impair competition. All considerations which the Rule permits to be taken into account pertain exclusively to the purpose and effect of the challenged agreement. The question of reasonableness is a question of degree. Reductions of competition which, because of their insignificance, do not offend the policy of the statute, can escape the ban of the Sherman Act. The judical discretion only relates to the significance of the restraint."

Joliet, R.,... a.a.O., S. 6.

3) Der Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws macht eine ähnliche Unterscheidung. Man vgl. ebenda, S. 320.

4) a. "Ziel aller wirtschaftspolitischen Maßnahmen gegenüber oligopolistischen oder zum Oligopol neigenden Marktformen muß stets die Erhaltung eines Mindestmaßes an Wettbewerb sein, eines Wettbewerbs etwa, wie er in den USA als 'Workable Competition' bezeichnet worden ist."

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gem.K., 1. Aufl., S. 1166.⟶

worden, sondern nur im rechtspolitischen Sinne. Somit zeigt sich, daß Sherman Act Sec. I liberales Gedankengut enthält, indem er "Wettbewerb" nicht im Sinne eines ökonomischen Instrumentes schützt, sondern um einer ethisch-moralisch konzipierten Freiheitsvorstellung willen. Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung sind aus dieser Sicht Synonyma für "unrestrained trade" und "restraint of trade". Der Schutz eines liberalen "way of life" beginnt und endet hier prinzipiell rechtspolitisch mit dem Schutz der in den Begriff des "unrestrained trade" einbezogenen Freiheiten. Ein Wettbewerbskonzept, das die Freiheiten nur instrumental faßt, indem es von den ökonomischen Ergebnissen her die schützenswerten Freiheiten definiert, liegt dem Sherman Act nicht zugrunde.

e. Ergebnis

Unser Bemühen, Aussagen über die Qualitäten, Quantitäten und das Verhältnis zu erhalten, in dem die Ziele des GWB(individualistisch aufgefaßte ökonomische Vorteilhaftigkeit und individuelle Freiheit) gesehen werden können und sollen, ist insofern erfolglos geblieben, als es uns bisher nicht gelang, die notwendige Voraussetzung dazu - ein hinreichendes Bild von dem in der Regierungsbegründung gewünschten Wettbewerb - zu vermitteln.

---

b. Auch das BKartA hat sich bei seiner Begriffsfassung des Wettbewerbs auf workable competition berufen.

Vgl. Bericht des BKartA über seine Tätigkeit im Jahre 1963, S. 10, Anm. 1.

c. Ebenso der BGH im Fall "Fensterglas IV".

Man vgl. WuW/E BGH 589.

Hingegen hat sich die Vorstellung von dem gesuchten Konzept des Wettbewerbs verdichtet. Es soll offenbar solche Marktprozesse umfassen, in denen Freiheit in gute ökonomische Ergebnisse bzw. wieder in Freiheit umgesetzt werden kann und wird. Ferner müßte es noch u.A. nach vor allem drei Anforderungen genügen:

1. Es müßte auf einer sozial gebundenen individuellen Handlungsfreiheit beruhen, und zwar derart, daß die aus dem Rahmen dieser Freiheit wachsenden Verhaltensweisen sich zu einer Ordnung fügen, die es erlaubt, staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsablauf so weit wie möglich zu reduzieren.

2. Die im Rahmen dieser Ordnung bestehenden Verhaltensweisen der Individuen müßten fortschrittsaktivierend eine sozial gebundene individuelle ökonomische Vorteilhaftigkeit bewirken, für die letztlich Verbraucher und Konsumenten die Maßstäbe liefern.

3. Das Konzept müßte wirtschaftspolitisch im Rahmen der gegebenen Wirtschaftsverfassung, insbes. in §1 GWB - sofern dessen Wortlaut nicht geändert werden soll - durchsetzbar sein.

III. Der wettbewerbliche Marktprozeß aus der Sicht des neoklassischen Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs

Die Klassiker lieferten eine Theorie des liberalen Marktes. Auf ihre Vorstellung, daß freier Wettbewerb zu Wohlstand führt, wurde in neuerer Zeit aufgrund wirtschaftspolitischer Erfahrungen [1] - insbes. mit der US-Antitrustpolitik [2] und den Diskussionen um workable bzw. effective competition [3] - in der deutschen Diskussion erneut hingewiesen.
Das neoklassische Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs [4] vertritt die These, der von ihm gemeinte freie wettbewerbliche Prozeß beruhe auf einer derartig sozial gebundenen individuellen Freiheit, beinhalte die Einführung technischer wie organisatorischer Fortschritte [5] und Anreize, die Leistung

---

1) Hoppmann, E., Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift: Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, 1967, S. 167 (nachfolgend zitiert: Workable Competition als... a.a.O., S...).

2) Ebenda, S. 168: "In der amerikanischen Antitrustpolitik hatte man immer schon eine Wettbewerbskonzeption vertreten, die der Tendenz nach dem neoklassischen Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs entspricht."

3) Ebenda, S. 159.

4) Zum Begriff vgl. man: Hoppmann, E., Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie u. Statistik 1966, S. 290, Fußnote 6 (nachfolgend zitiert: Das Konzept... a.a.O., S...).

5) Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 160.

zugunsten der Verbraucher und Konsumenten zu steigern; er verhindere absichtliche Produktionsrestriktionen, monopolistische Ausbeutung, extreme Unwirtschaftlichkeiten sowie absichtliche Verzögerungen des technischen Fortschritts. [1] Ferner lasse sich ein gesetzlicher Schutz dieses Prozesses nur mit Hilfe des Freiheitsbegriffes vollziehen. [2] Hier finden sich also alle Kennzeichen dessen, was die Regierungsbegründung für den von ihr gewünschten freien Wettbewerb fordert. Wir wollen uns deshalb mit dem "neoklassischen Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs" näher befassen.

a. Sein Anliegen

Leider haben alle Bemühungen der theoretischen Volkswirtschaftslehre zur Erforschung der Bedingungen, unter denen sich die Marktsachverhalte in der Realität im volkswirtschaftlichen Sinne optimal vollziehen, nur zu einer Vielzahl von Wettbewerbsmodellen geführt, die wie Schnitte und Stollen in, bzw. durch einen Berg bestimmte Aspekte des Problems erfassen. Es ist bisher jedoch noch nicht gelungen, alle seine möglichen Aspekte, insbes. in ihrem Zusammenwirken zu erkennen und in einem umfassenden Modell der gewünschten Marktprozesse darzustellen. [3]

---

1) a. Edwards, C.D., Maintaining Competition, New York-Toronto-London 1964, S. 10.

b. Kaysen, C., Turner, D.F., Antitrust Policy, Cambridge 1959, S. 11 ff.

2) Hoppmann, E., Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: ORDO 1967, S. 90 ff (nachfolgend zitiert: Wettbewerb als... a.a.O., S...).

3) Heuss, E., Allgemeine Markttheorie, Tübingen-Zürich 1965, S. 4 .

Die praktische Volkswirtschaftspolitik (Wettbewerbspolitik), die sich mit der nach bestimmten Zielen erfolgenden Gestaltung der realen Wirtschaft befaßt, kann diesen Stand der Dinge nicht als hinreichend empfinden, da für sie - um bei dem oben verwendeten Bild zu bleiben - die zweckentsprechende, in sich widerspruchslose Gestaltung des Berges - der Marktprozesse - Aufgabe ist.

Ihr Problem verlangt vor allem

1. nach einem Konzept, das es ermöglicht , mit einer nach praktischen Gesichtspunkten hinreichenden Genauigkeit alle zur Problemlösung erforderlichen Dimensionen realer Märkte zu erfassen und zu beurteilen, sowie
2. die Bereitstellung von Mitteln, die eine Gestaltung der Marktprozesse im Sinne des Gewünschten ermöglichen.

Anliegen des neoklassischen Konzeptes des funktionsfähigen Wettbewerbs ist, dazu Beiträge zu leisten.

b. Das Grundtheorem

Das neoklassische Wettbewerbskonzept fußt auf dem Theorem, daß auf einem Markt die "overall market performance" durch Beschränkung bestimmter wettbewerbsrelevanter Freiheiten der Marktbeteiligten schlechter wird. [1)]

---

1) "Die These, zwischen 'Freiheit des Wettbewerbs' und 'guten ökonomischen Marktergebnissen' bestehe kein Konflikt, war bereits bei den Klassikern der Nationalökonomie vorgezeichnet. Man kann sie deshalb 'neuklassische These' nennen."

Hoppmann, E., Das Konzept... a.a.O., S. 290. →

c. Merkmale des wettbewerblichen Prozesses

Zur Rechtfertigung dieses Theorems bieten sich folgende Gedanken an, die sich auf Merkmale der wettbewerblichen Marktprozesse erstrecken und ein mosaikartiges Bild von den für wesentlich gehaltenen Teil des freien Wettbewerbs vermitteln:

"Die klassische Nationalökonomie... hat den Versuch unternommen, die Gesetzmäßigkeiten des Marktmechanismus in einem... freien Sozialmilieu zu entdecken, und zwar... wegen ihrer Konsequenzen für die Mitglieder der Gesellschaft, für... ihre Wirkungen auf die Lebenslage der Teilnehmer solcher Netze von Marktbeziehungen... Um diese Probleme zu lösen, hat die klassische Nationalökonomie eine sehr interessante Idee zu Soziologie beigesteuert, nämlich die Idee eines finanziellen Sanktionsmechanismus, der ohne zentrale Regulierung - also ohne hierarchische Unterordnung und damit ohne Befehl und Gehorsam - so funktioniert, daß seine Ergebnisse, seine Konsequenzen für die Mitglieder der Gesellschaft, unter den... angedeuteten Gesichtspunkten relevant erscheinen...
Das System der Märkte - ein Netz kommerzieller Beziehungen für den Güteraustausch - erschien ihr unter gewissen Bedingungen als ein Anreiz- und Steuerungssystem für bestimmte Bereiche des sozialen Lebens, das ohne staatliche Eingriffe mit positiven und negativen Sanktionen finanziellen Charakters - mit Belohnungen und Bestrafungen in Form von Gewinn und Verlust - so arbeitet, daß die verhaltenswirksamen Sanktionen aus dem System selbst hervorgehen, aus den Interaktionen der an ihm teilnehmenden sozialen Einheiten.
Diese soziologische Idee ist unter anderem deshalb so bedeutsam, weil sie zum ersten Mal die Möglichkeit eines nicht autoritär organisierten Systems der sozialen Kontrolle in den Blickpunkt gerückt und damit eigentlich das Problem der sozialen Kontrolle in seiner allgemeinen Form aufgeworfen hat..."

Albert, H., Soziologische Texte, Neuwied-Berlin 1967, S. 399, 400.→

1. Das Grundmerkmal: Die individuellen Zielsetzungen

Sind auf einem Markt mehrere Anbieter und Nachfrager vorhanden und sind sie in ihren Verhaltensweisen frei, so bildet sich eine spontane Ordnung am Markt, eine Katallaxie. [2)]

Daß in dem von den Klassikern gefundenen System nicht autoritärer sozialer Kontrollen die Freiheit zur Realisierung individueller Zielsetzungen im Vordergrund steht, es sich also um "wirtschaftlichen Wettbewerb nach individueller Zielsetzung" (vgl. S. 177 u. Arbeit) handelt, wurde insbes. durch v. Wiese verkannt, der in Adam Smith einen Vertreter von "Wettbewerb als Sozialprinzip" sieht (vgl. S. 179, Fußnote 3)b. u. Arbeit). Es ist ja gerade "the specific contribution of the Classical Economists, that... they recommended what Marshall called the System of Economic Freedom. Given a certain framework of law and order and certain necessary governmental services... they conceived that the object of economic activity was best attained by a system of spontaneous co-operation."

Robbins, L., The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy, London 1953, S. 11

2) Wir folgen hier v. Hayek. Er wendet sich mit Recht dagegen, die spontane Ordnung des Marktes, die auf Reziprozität beruht, als "wirtschaftliche Ordnung" zu bezeichnen, statt dessen schlägt er den Ausdruck "Katallaxie" vor. Seine Begründung:

"Eine Wirtschaft im strengen Wortsinn... ist... eine Organisation oder eine vorbedachte Ordnung der verfügbaren Resourcen im Dienste einer einheitlichen Zwecksetzung... Die spontane Ordnung des Marktes, die aus dem Zusammenspiel vieler solcher Wirtschaften hervorgeht, unterscheidet sich so fundamental von einer 'Wirtschaft' im strengen Sinne des Wortes, daß es als großes Mißgeschick angesehen werden muß, daß sie je mit demselben Namen belegt wurde... ich bin zu der Überzeugung gelangt, daß ein neuer technischer →

Diese Ordnung beruht nicht auf gemeinsamen, sondern auf individuellen Zielsetzungen der Marktbeteiligten, verbunden durch Reziprozität. [1] Gerade weil kein einheitlicher Zielkatalog besteht, haben sie die besten Chancen, ihre individuellen Fähigkeiten erfolgreich für ihre jeweiligen persönlichen Ziele zu nützen. [2]
"Reibungsverluste", die bei der Durchsetzung überindividueller Ziele - die für den Einzelnen nicht zugleich die Dringlichkeit seiner individuellen Ziele haben - auftreten können, werden dadurch vermieden. Zugleich wird es auf diese Weise möglich, mehr verstreutes Wissen der Marktbeteiligten zum Wohle der Gemeinschaft zu aktivieren als durch irgend eine andere Methode. [3] Chancen resultieren für den Einzelnen aus den sich ständig ändernden Markt- und Umweltbedingungen.

Indem der einzelne versucht, die sich ergebenden Chancen nach besten Kräften zu erkennen und zu nützen, trägt er nicht nur dazu bei, ungleichgewichtige Marktsituationen auszuwiegen, sondern auch dazu, sein gesamtes Wissen im Hinblick auf seine individuelle Zielsetzung zu aktivieren.

Ausdruck dafür gefunden werden sollte. Ich schlage vor, diese spontane Ordnung eines Marktes Katallaxie zu nennen, analog dem Ausdruck 'Katallaktik'... beide Ausdrücke stammen von dem altgriechischen Verb katallatein ab, das... nicht nur 'tauschen' und 'handeln', sondern auch 'in die Gemeinschaft aufnehmen' und 'vom Feind zum Freunde machen' bedeutet."

v. Hayek, F.A., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, in: ORDO Bd. 18/1957, S. 16.

1) Ebenda, S. 15: "Reziprozität, d.h. auf dem Ausgleich verschiedener Interessen zum wechselseitigen Vorteil der Teilnehmer."

Insofern kann man - um mit Hayek zu sprechen - sagen, Wettbewerb sei

> "essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one market. It creats the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do. It is thus a process which involves a continueous change in the data and whose significance must therefore be completely missed by any theory which treats these data as Constant." 4)

2. Der Austauschprozeß

Das alles geschieht in einem Ablauf, dessen umfassenden Rahmen der Austauschprozeß bildet: Am Markt stehen sich Anbieter und Nachfrager gegenüber und tauschen Güter und Leistungen aus. Analytisch zerfällt der Austauschprozeß in zwei voneinander abhängige Parallelprozesse: 5)

---

2) Ebenda, S. 17.

3) Ebenda, S. 29.

4) Hayek, F.A., Individualism and Economic Order, London 1949, S. 106.

5) Man vgl. dazu insbes. Griffin, C.E., Enterprise in a Free Society, Chicago 1949, S. 278 ff (nachfolgend zitiert: Enterprise... a.a.O., S...).

3. Der Parallelprozeß

Die Teilnehmer einer Marktseite bemühen sich, ihre an persönlichen Zielen ausgerichteten Erwartungen im Austauschprozeß und damit am Markt zu realisieren.

aa. Die soziologische Wurzel des Parallelprozesses

Da jeder Parallelprozeß von Menschen gestaltet wird, enthält er sachlich das, was v. Wiese schon 1923 beschrieben und Meyer-Cording (vgl. S. 173 ff) seinem Rechtsbegriff "Wettbewerb" zugrunde gelegt hat:

Konkurrenz im Sinne eines sozialen, nach individuellen Zielsetzungen gesteuerten Verhältnisses zwischen

> "das gleiche Ziel anstrebenden Einzelwesen, Gruppen oder abstrakten Kollektiva... in dem die gegnerischen Einflüsse zusammengefaßt werden, die aus der Gleichheit des Strebens... hervorgehen." [1]

Der so aufgefaßte Parallelprozeß hängt von den schon oben bei Meyer-Cording dargestellten drei Voraussetzungen ab:

1. Es müssen mehrere Menschen vorhanden sein;
2. sie müssen ein Ziel haben, das sie selbständig erstreben und
3. sie müssen die Möglichkeit haben, das Streben als inneren Vorgang nach außen in ein Tun oder Unterlassen transformieren zu können.

Speziell im Hinblick auf die Intensität des Prozesses wird man diese Voraussetzungen - entsprechend der neueren ökonomischen Wettbewerbsliteratur [2] noch durch eine weitere zu ergänzen haben:

---

[1] v. Wiese, L.,... a.a.O., S. 826.

[2] Man vgl. insbes.: Griffin, C.E., Enterprise...; a.a.O., S. 85. →

4. Es muß ein wettbewerblicher Geist (spirit of competition) [1] vorhanden sein, mit dem die Verwirklichung der Zielsetzung betrieben wird. Er offenbart sich allgemein

   "in our love of games, both as participants and as observers." [2]

Nach von Wiese kann nun Konkurrenz i.d.S. als rein sachliche Beziehung des Nebeneinander aufgefaßt werden, die nur insofern gegnerischer Natur ist, als unmittelbar ein Zuwachs an eigenem Vorteil als Nachteil des Partners aufgefaßt wird und umgekehrt.

Sie ist jedoch ständig durch die Möglichkeit der Transformation in zwei andere soziale Verhaltensweisen gefährdet:

1. Einerseits bestehe die Gefahr, daß sie zum Konflikt werde. Das sei der Fall, wenn sich die nebeneinander tätigen Wettbewerber gegeneinander kehrten und in Feindseligkeiten die direkte Schädigung des Partners erstrebten.
2. Andererseits habe sie die Neigung, sich über kurz oder lang zur Kooperation zu wandeln, denn der Wunsch, den oder die lästigen Mitbewerber loszuwerden, könne auch zu Kompromiß und Anpassung führen. [3]

Ders., An Economic Approach to Antitrust Problems, New York 1951, S. 23 (nachfolgend zitiert: An Economic... a.a.O., S...).

Edwards, C.D., Maintaining Competition, New York-Toronto-London 1964, S. 1 (nachfolgend zitiert: Maintaining... a.a.O., S...).

Hoppmann, E., Das Konzept... a.a.O., S. 290.

1) "This impulse has sometimes been described as 'pugnacity' or 'the spirit of the game'."

Griffin, C.E., Enterprise... a.a.O., S. 85.

2) Ebenda, S. 85.

3) v. Wiese, L., ...a.a.O., S. 827.

bb. Die Besonderheiten des wettbewerblichen Marktprozesse

Dieser allgemein soziologische Sachverhalt erfährt durch die jeweilige Umgebung in der er auftritt, seine besondere Ausprägung. Für den hier relevanten wirtschaftlichen Wettbewerb liegt die besondere Umgebung in den jeweiligen Dimensionen eines Marktes. Da Wettbewerb Marktprozeß [1] ist, lassen sich gewisse Dimensionen des Marktes zugleich als Dimensionen des Wettbewerbs auffassen, die seine jeweilige besondere Ausprägung bestimmen.

11. Dimensionen

Zwei wichtige Dimensionen des wettbewerblichen Marktprozesses liegen - wie aus den vorhergehenden Ausführungen schon erkennbar - in der Zielsetzung der Marktbeteiligten (die üblicherweise darin bestehen dürfte, möglichst günstig zu kaufen bzw. zu verkaufen) und dem Spirit of Competition. Für diesen ist der wettbewerbliche Marktprozeß

> "One of the ways in which this impulse has manifested itself... Business is populary described as a game - a description which is far from accurate in many respects but very revealing as to its competitive nature." [2]

Wettbewerb im Parallelprozeß hat nach neoklassischer Auffassung ferner - wenn man die Freiheit des oder der im Austauschprozeß auf der Marktgegenseite stehenden voraussetzt, nach freiem Ermessen wählen zu können - vor allem noch drei Dimensionen:

---

1) "Wettbewerb ist ein Typ der Marktprozesse." Hoppmann, E., Wettbewerb als... a.a.O., S. 78.

2) a. Griffin, C.E., Enterprise... a.a.O., S. 85.
b. Ders., An Economic... a.a.O., S. 22: "The essence of competition is a competitive attitude, a competitive spirit."

1. Wettbewerb vollzieht sich mit gewissen Mitteln, die dem Einzelnen zu Gebote stehen, um aktiv am Wettbewerb teilnehmen zu können. Die Verfügung über Aktionsparameter (Preis, Qualität, Service, Konditionen, Rabatte usw.) ist Kennzeichen freien wirtschaftlichen Wettbewerbs; er umfaßt die Freiheit zur Initiative, die Freiheit zum Experiment. [1)]

2. Wettbewerb äußert sich in der Weise, in der von den Mitteln Gebrauch gemacht wird. Der zugrundeliegende soziale Prozeß ist dadurch mitgekennzeichnet, daß die Akteure versuchen, ihre individuellen Marktziele (unter bestimmten Bedingungen zu kaufen oder zu verkaufen) zu realisieren - falls nötig unter Verdrängung der anderen.
Insbes. das Bewußtsein, daß der Markterfolg des einen einen Marktmindererfolg des anderen bedingt bzw. bedingen könnte, führt zu dem Versuch, je nach der eigenen Situation durch bedachten Einsatz von Aktionsparametern einen Rückstand gegenüber Mitakteuren aufzuholen (imitatorischer Wettbewerb), einen Vorsprung herauszuarbeiten oder durch weiteres Vorpreschen zu sichern (innovatorischer Wettbewerb).

Die Zurückbleibenden unterliegen - durch die Gefahr, als submarginal ausgeschieden zu werden - einem Zwang zur Imitation und/oder Innovation, dessen Stärke entsprechend vor allem davon abhängt, wie weit sie zurückgeblieben sind. Bei den übrigen werden Innovationen nicht erzwungen. Sie kann und wird jedoch der Wettbewerb - durch die Aussicht auf Differentialgewinne einerseits und die Gefahr, überholt zu werden und zu den unter Zwang stehenden Zurückgebliebenen abzurutschen, andererseits - zu Innovationen (Verfahrens-, Produkt- und Marktinnovationen) anreizen.

[1)] Hoppmann, E., Wettbewerb als...a.a.O., S. 89.

Insofern werden Spitzenreiter und Nachzügler vom Wettbewerbsprozeß unterschiedlich behandelt. [1]

3. Schließlich ist der Wettbewerb von der Offenheit des Marktes abhängig. Das Verhalten der einzelnen Marktteilnehmer auf einer Marktseite hinsichtlich der Gestaltung und des Einsatzes ihrer Aktionsparameter wird sich nach der Einschätzung des eigenen Spielraums in Anbetracht der Aktionsmöglichkeiten der Konkurrenten richten. Durch ein im Parallelprozeß sich möglicherweise ergebendes Patt, wird der einzelne Wettbewerber gehindert, im Austauschprozeß seine Interessen zum Nachteil der Marktgegenseite in erhöhtem Maße durchzusetzen. Wettbewerb begrenzt insofern die Macht der Marktbeteiligten. Dieses auf derartiger Motivation beruhende, gezügelte Verhalten des Marktteilnehmers gründet auf subjektiver Einschätzung der Situation, einem wettbewerblichen Bewußtsein. Um ein solches wettbewerbliches Bewußtsein zu erzeugen, ist es nicht notwendig, daß auf einer Marktseite tatsächlich mehrere Teilnehmer vorhanden sind (das wäre in Anbetracht der Schwierigkeiten, die die Kategorie "Markt" hinsichtlich ihrer Abgrenzung macht, ein sehr problematisches Verlangen) [2], sondern daß die Schranken des eigenen Marktes zu po-

---

1) Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 164.

2) Griffin meint, es käme bei einem so aufgefaßten Wettbewerb nicht darauf an, to "be much concerned with the problem of defining a market or an industry (unless, indeed, we were to say that a market includes those firms whose freedom of action is limited by another which seems to involve such a circularity of reasoning as to make it useless for determining wheter competition exists within an industry).

Griffin, C.E., Needed: A Realistic Antitrust Policy, in: Harvard Business Review 1956, Vol. 34, S. 80 (nachfolgend zitiert: Needed... a.a.O., S...).

tentiellen Marktteilnehmern als so niedrig eingeschätzt werden, daß man schon in Anbetracht möglicher innovatorischer oder imitatorischer Aktionen der potentiellen Marktteilnehmer den im Austauschprozeß verfügbaren Handlungsspielraum begrenzt glaubt. Wettbewerbliches Verhalten hängt somit von der Offenheit des Marktes ab.

22. Aspekte

Ein freier wettbewerblicher Marktprozeß setzt auf beiden Seiten eines Austauschprozesses freie wettbewerbliche Parallelprozesse voraus. Die Dimensionen freier wettbewerblicher Parallelprozesse werden in den Dimensionen des freien wettbewerblichen Marktprozesses integriert. Insbes. im Hinblick auf die oben (S. 285) erarbeiteten Anforderungen an den von der Regierungsbegründung für das GWB gewünschten Wettbewerb, zeigt ein freier wettbewerblicher Marktprozeß vor allem folgende Aspekte:

aaa. Lenkung durch Verbraucher und Konsumenten

Wenn die Verkäufer im Wettbewerbsprozeß ihren eigenen Interessen dienen wollen [1], können sie das am einfachsten dadurch, daß sie Güter und Dienstleistungen in größerem Umfang und besserer Qualität produzieren [2], wobei die Maßstäbe dafür letztlich der Kunde (Verbraucher und Konsument) durch seine vorhandene bzw. nicht vorhandene Kaufbereitschaft und Kauffähigkeit setzt. Auf diese Weise beeinflussen Verbraucher und Konsumenten das Angebot und die Produktion. Insofern lenken sie den Markt- und darüber hinaus auch den Wirtschaftsprozeß.

---

1) "The businessman's concept of competition... encompasses all aspects of his stuggle for patronage... For him the goal of competition is the welfare of the competitor - himself." →

bbb. Leistungssteigerung, Fortschrittsförderung, gestreute ökonomische Vorteilhaftigkeit

Ein so verstandener Wettbewerbsprozeß bedingt Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung, da die Wettbewerber nur ihre individuelle Zielsetzung erfolgreich verfolgen können, wenn sie im Austauschprozeß so ihre Aktionsparameter einsetzen, d.h. Leistungen anbieten, daß der Marktpartner ihnen vor anderen Angeboten den Vorzug gibt. Dieser Erfolg wird aber einem Marktteilnehmer auf die Dauer nur zuteil werden, wenn er nicht schlechtere, teuerere oder weniger marktgerechte Leistungen erbringt als die Konkurrenten. Jeder muß mit jedem mithalten, der Dynamischste ist meist am erfolgreichsten; er ist Schrittmacher für das Tempo des Prozesses. Wenn z.B. er oder eine kleine Minderheit der am Parallelprozeß Beteiligten technische Fortschritte durchsetzen, zwingt der Wettbewerb und der Wunsch, die eigenen Position zu wahren, die anderen, den Führern des Fortschritts zu folgen - selbst wenn sie persönlich gern beim alten Trott bleiben würden. Auf diese Weise übt im Wettbewerb eine kreative Minderheit einen großen Einfluß auf die Majorität aus. [3] Aus diesen Sachverhalten resultieren für den einzelnen Anreize, dynamisch und erfolgreich zu sein; durch Verfahrens-, Produkt- und Marktinnovationen in neue Bereiche vorzustoßen sowie die Notwendigkeit, erfolgreiche Vorstöße seiner Konkurrenten möglichst schnell zu immitieren, denn - wie Schumpeter überzeugend darlegt - zählt in der kapitalistischen Wirklichkeit vor allem

---

Dean, Joel, Competition-Inside and Out, Harvard Business Review 1954, S. 68.

2) Griffin, C.E., Enterprise... a.a.O., S. 296.

3) Griffin, C.G., Enterprise... a.a.O., S. 296.

> "... die Konkurrenz der neuen Ware, der neuen Technik, der neuen Versorgungsquelle, des neuen Organisationstyps... - jene Konkurrenz, die über einen entscheidenden Kosten- oder Qualitätsvorteil gebietet und die bestehenden Firmen nicht an den Profit- und Produktionsgrenzen, sondern in ihren Grundlagen, ihrem eigentlichen Lebensmark trifft." [1]

Deshalb waren derartige Prozesse stets Kennzeichen wirtschaftlicher Entwicklung und wirtschaftlichen Fortschritts. [2] Sie schaffen auch weitgestreut "Wohlstand" [3], denn sie mobilisieren Leistungsreserven zugunsten der Partner im Austauschprozeß (Kunden: Verbraucher, Konsumenten - Anbieter) und verbessern tendenziell durch Mobilität von Arbeit und Kapital schlechte Faktorallokationen so lange, wie der Zutritt zu profitableren Tätigkeitsbereichen nicht durch künstliche Hindernisse beschränkt ist. [4]

---

1) Schumpeter, A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl., Bern 1950, S. 140.

2) Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 160.

3) Die Gültigkeit dieser These stützt z.B. Griffin mit einem Hinweis auf die Verhältnisse in den USA:

> "The point of all this is that competition and competitive attitudes are so persuasive throughout our society that they can be said to constitute an important part of our way of life and our outlook, I believe that they contribute more than any other one thing to the high level of productivity and the rapide rate of progress which this country has shown. Moreover, a comparison of our system with a number of others convinces me that in some degree, at least, competitiveness is a rather distinctive American attitude which is not matched in any of the other industrial countries." Needed... a.a.O., S. 78.

4) Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S. 8.

ccc. Exkurs: Verschwendung

Der freiheitliche Charakter einer Wettbewerbswirtschaft macht wahrscheinlich, daß viele Experimente - z.B. bezüglich von Inventionen - schlecht geplant oder von verschiedenen Wirtschaftssubjekten zur gleichen Zeit, also doppelt gemacht werden. Da in der Praxis manche Unternehmen neue Techniken überdies nur zögernd einführen, liegt der Schluß nahe, daß Wettbewerb vom volkswirtschaftlichen Standpunkt zur Verschwendung führt. Der theoretische Gehalt des Arguments ist sicherlich zutreffend. Es ist jedoch kein Weg ersichtlich - auch nicht der über eine Zentralverwaltungswirtschaft - mit dem das gesamtwirtschaftliche Lenkungsproblem besser, d.h. unter geringeren volkswirtschaftlichen Verlusten gelöst werden könnte als durch Wettbewerb [1]. Zwar garantiert ein wettbewerblicher Prozeß nicht die denkbar besten Ergebnisse [2], er bietet jedoch einen brauchbaren Schutz gegen unerträgliche Mißstände und sorgt für eine fortschreitende - am Stand des jeweils erreichbaren orientierte - Verbesserung der Ergebnisse [3].

---

1) Zu den Gründen vgl. man:

a. Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S.10:

"Hence progress is unlikely to be as rapid and economical as it might be if all production were effectively controlled by a vigorous, wise, and enthusiastic leader. However, since social organization cannot be based upon the presumption that leaders will always be vigorous, wise, and enthusiastic and that they will effectively control those they lead, the progress attained through competitive experimentation may be the most that is feasible."

b. Griffin, C.G., Enterprise... a.a.O., S. 295.

2) Wobei es hier - nach Schumpeter - mehr auf zukünftige als auf gegenwärtige ankommt. Nicht entscheidend ist, inwiefern ein Marktprozeß gegebene Institutionen, Faktoren und Verfahren optimal kombiniert. Wichtig ist vielmehr →

ddd. Marktmacht

Im wettbewerblichen Prozeß ergibt sich ferner eine Zügelung unerwünschter Marktmacht, wie sie in etwa der Regierungsbegründung vorschwebt (vgl. S. 272). Marktmacht - hier in Anlehnung an die Regierungsbegründung (vgl. S. 272, Fußnote 1) verstanden als Möglichkeit zur willkürlichen Veränderung eines oder mehrerer Aktionsparameter, verbunden mit der Möglichkeit, den Marktablauf im Interesse der einflußnehmenden Faktoren zu lenken - ist in einem gewissen Ausmaß notwendig, um im wettbewerblichen Geschehen strategisch und taktisch operieren zu können, z.B. vorzustoßen oder nachzufolgen. Insofern ist Marktmacht mit dem erwünschten wettbewerblichen Prozeß nicht nur vereinbar, sie ist sogar Voraussetzung für ihn.

Große Marktmacht verbessert die Aussichten auf ein günstigeres Geschäftsergebnis. Da es die für den Prozeß des freien Wettbewerbs kennzeichnende Freiheit ex definitione verbietet, im Prozeß errungene Machtpositionen so einzusetzen, daß Imitationen und Innovationen durch aktuelle oder potentielle Konkurrenten nicht möglich sind - insofern eine institutionelle Begrenzung der Marktmacht gegenüber der Marktnebenseite besteht - begrenzt der Prozeß tendenziell die Wirksamkeit der Marktmacht gegenüber der Marktgegnseite, denn: Je erfolgreicher ein Innovator verstand, Macht marktgerecht einzusetzen, um größere Macht und damit größeren wirtschaftlichen Erfolg zu erlangen, um so größer ist der Anreiz für die übrigen, ihm auf den offenen Wegen zu folgen, ihn zu imitieren.

---

herauszufinden, wie wirksam er alte zerstört und neue hervorbringt. Diese sind nämlich - sofern sie aus dem Prozeß erwachsen - tendenziell leistungsgerechter als die alten.

Man vgl. dazu Griffin, C.E., Needed... a.a.O., S. 80.

3) Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S. 10.

Das führt nun dazu, daß sich Marktmacht nur in einem Intervall entwickeln kann, das der Marktprozeß zuläßt. Die Breite dieses Intervalls hängt von den besonderen Umständen des Marktes, insbesondere jedoch von der Mobilität und dem Spirit of Competition der aktuellen und potentiellen Konkurrenten ab. Grundlegend ist dabei der Sachverhalt, daß die Art und Weise eines Angebotes, daß A machen möchte, in seiner Ausgestaltung von einem Angebot abhängt, das B macht oder machen könnte. [1] Denn ein Käufer, der mehrere Quellen für seine Einkäufe hat oder ein Verkäufer, der über eine beachtliche Zahl potentieller Kunden verfügt, wird gegen ungebührliche Marktmacht eines einzelnen Marktpartners auf der Marktgegenseite dadurch geschützt, daß er mit einem anderen abschließen kann. [2] **Der Sachverhalt ist grundlegend, weil hier eine systemimmanente Begrenzung** der Marktmacht zum Tragen kommt. [3] Begünstigt wird dadurch unmittelbar die Marktgegenseite, ihre Freiheitsinteressen werden gewahrt. [4]

---

1) So auch Griffin, C.E., Needed: A Realistic Antitrust Policy, in: Harvard Business Review 1956, Vol. 34, S. 78.

2) Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S. 10.

3) Auf die Vorteile einer solchen Begrenzung wies schon Montesquieu (1748) hin:

"... il faut que, par la desposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir."

Aus: D l' esprit des lois, XI Bd., 4. Kap.; zitiert nach: Kraus, O., Grundfragen der Wirtschaftsphilosophie, Berlin 1962, S. 159.

4) "The freedom of the individual as a consumer is obviously curtailed if his choice is limited to the offerings of a monopolist or a few sellers acting in concert."

Blake, H.M., Jones, W.K., In Defense of Antitrust, in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, in: Columbia Law Review 1965, 384.

Sie spürt die Auswirkungen von Marktmacht nur noch gedämpft oder überhaupt nicht, wobei die Zeit als nivellierender Faktor eine besondere Rolle spielt. Da Reaktionen Zeit brauchen, können neu erworbene Marktmachtpositionen durch den Prozeß erst im Laufe der Zeit abgebaut werden. Voraussetzung für die Einleitung des Abbauprozesses ist unter anderem in der Regel, daß sie von den anderen Konkurrenten als erstrebenswert erkannt werden. Um das zu vermeiden, bescheiden sich die Inhaber von Marktmacht oft im eigenen Interesse in deren Gebrauch. Ihr Ziel ist die Verzögerung des im Zeitablauf unabwendbar einsetzenden Abbauprozesses des speziellen wirtschaftlichen Grundes ihrer Macht.

eee. Freiheit

Gleichzeitig mit der Begrenzung der Marktmacht sichert der Wettbewerbsprozeß die Freiheit der Marktteilnehmer[1] auf zweierlei Weise:
Einerseits enthält er die Freiheit zu Wettbewerb unter aktuellen und potentiellen Konkurrenten.

---

[1] Selbst K. Marx, der heute oft von den Vertretern des Kollektivismus in Anspruch genommen wird, hat - wohl auf den Klassikern fußend (vgl. dazu dens. in: Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf), Berlin (Ost) 1953, S. 8 ff) - die Bedeutung des freien Tauschprozesses für Freiheit und Gleichheit gewürdigt:

"Gleichheit und Freiheit sind... nicht nur respektiert im Tausch, der auf Tauschwerten beruht, sondern der Austausch von Tauschwerten ist die produktive, reale Basis aller Gleichheit und Freiheit. Als reine Ideen sind sie bloß idealisierte Ausdrücke desselben; als entwickelt in juristischen, politischen, sozialen Beziehungen sind sie nur diese Basis in einer anderen Potenz."

(Ebenda, S. 156).

Offensichtlich ist, daß der freie wettbewerbliche Prozeß keinen Existenzschutz für immobile Unternehmer garantiert und auch nicht garantieren kann, ohne einen entscheidenden Teil der ihm eigenen Dynamik zu verlieren. Im Parallelprozeß umfaßt er auch keinen sonstigen Schutz der wirtschaftlich relativ Machtlosen und deshalb Schwachen:

Im allgemeinen dürfte zutreffen, daß ein wirtschaftlich machtloser Marktteilnehmer über weniger Aktionsparameter verfügt und deshalb auch weniger wirtschaftliche Freiheit besitzt, die er erfolgversprechend nutzen kann, als ein wirtschaftlich mächtiger. Insofern korrelieren wirtschaftliche Macht und wirtschaftliche Freiheit.

Neben der allseits anerkannten Tatsache, daß es in einer Marktwirtschaft ungleiche wirtschaftliche Freiheiten dank unterschiedlicher Eigentumsverhältnisse und unterschiedlicher Fähigkeiten der Menschen immer gab und geben wird, kann eine Gleichheit wirtschaftlicher Freiheiten auch im wettbewerblichen Prozeß nicht normatives Ideal sein.
Im Rahmen der staatlich gesetzten Ordnung ist der Gleichheitssatz z.B. für die Gestaltung des Bereiches der politischen Freiheit [1], der das Gebiet der Rechte und Pflichten des Individuums gegenüber dem hoheitlichen Willensträger umfaßt, von unbestritten großer Bedeutung.

---

[1] Zu der unterschiedlichen Bedeutung des Gleichheitssatzes im Bereich der politischen und wirtschaftlichen Freiheiten vgl. etwa

Kraus, O., Grundfragen der Wirtschaftsphilosophie, Berlin 1962, S. 161 ff.

Hingegen bildet auf einem Markt gerade die Aussicht, größere Marktmacht, bzw. größere, im Eigeninteresse nutzbare Freiheit [1] zu bekommen, ein unabdingbares Element des Spirit of Competition, des freien Wettbewerbs und der mit ihm verbundenen spontanen Marktordnung, dessen Fehlen sich besonders nachteilig auf den vorstoßenden Wettbewerb auswirken muß.

Hier stört "Gleichheit" die Dynamik des Prozesses; ganz abgesehen davon, daß ein ernsthafter Versuch, Prozessergebnisse im Sinne des Gleichheitssatzes zu korrigieren, notwendig zu einer Einmischung des Staates führen müßte, die dem in der Regierungsbegründung zum Ausdruck kommenden Ordnungsauftrag, staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsprozeß so weit wie möglich zu reduzieren (vgl. S.285), sicherlich widerspricht. Sobald jedoch individuelle Marktmacht durch den Marktprozeß nicht zu zügeln ist, steht sie außerhalb des Prozesses und bedarf hoheitlicher Regelung, die der Staat aus dem Prinzip der Gerechtigkeit, das ein tragendes Element jeder dauerhaften Staatsordnung ist, sinnvoll nur mit Hilfe des Gleichheitssatzes vornehmen kann.
Mit dessen Hilfe sind vor allem solche Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die individuelle wirtschaftliche Macht wieder durch den Marktprozeß kontrollierbar zu machen und damit den freien wettbewerblichen Prozeß in möglichst großem Umfange zu erhalten.

---

1) Zur Korrespondenz der Begriffe Freiheit und Marktmacht vgl.
Hoppmann, E., Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Berlin 1968, Bd.48, S.16, Fußnote 11 (nachfolgend zitiert als: Zum Problem...a.a.O., S....).

ggg. Zur erwünschten wirtschaftlichen Gesamtordnung

Ohne Zweifel wollte sich die Regierungsbegründung mit der expliziten Ablehnung der Zentralverwaltungswirtschaft [1] für die Schaffung und Aufrechterhaltung einer Wirtschaftsordnung entscheiden, die wirksam zum Erreichen ökonomischer Zielvorstellungen beiträgt, ohne zugleich das wirtschaftliche Leben umfassenden staatlichen Regulierungen unterwerfen zu müssen. Staatliche Interventionen sollen auf ein Mindestmaß beschränkt bleiben.

Da sich freie wettbewerbliche Prozesse weitgehend selbst erwecken und steuern, gehört zu ihren großen Vorzügen, daß sie den Aufbau einer lebens- und leistungsfähigen Volkswirtschaft unter einem Minimum staatlicher Regeln, Kontrollen u.ä. zugunsten individueller Freiheiten gestatten. [2] Die Notwendigkeit zu einer direkten staatlichen Kontrolle ist reduziert, weil Wettbewerb - wenn er in der ganzen Gesellschaft wirksam funktioniert - für eine dezentralisierte unpersönliche Lenkung des Wirtschaftsprozesses sorgt. [3]

---

1) Man vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1058.

2) Blake, H.M., Jones, W.K., The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy. In Defense of Antitrust, in: Columbia Law Review 1965, 382/383 .

3) Griffin, C.E., Enterprise... a.a.O., S. 298 .

In Zusammenhang mit den Wettbewerbsfreiheiten und den Beschränkungen privater Marktmacht durch den Wettbewerbsprozeß bildet so

> "eine derart geordnete Wirtschaftsverfassung ... das wirtschaftspolitische Gegenstück zur Demokratie. [1]

hhh. Zur Praktikabilität

Abschließend soll noch auf eine sehr wichtige Eigenschaft des wettbewerblichen Prozesses hingewiesen werden, die ihn zum gesetzlichen Schutzobjekt prädestiniert; er ist praxisnah.

Da er spontan aus dem Markt erwächst, lebt die Geschäftswelt mit ihm, macht mit ihm täglich Erfahrungen. Aus diesem Grunde ist er ihr zweifellos vertraut.

Wäre das nicht der Fall, könnte es zu wirtschaftspolitisch unerwünschten Wirkungen kommen: Würde nämlich ein Geschäftsmann sehen, daß Gerichte und Kartellbehörden aufgrund des GWB gerade gegen die einschreiten, die - nach seinem Empfinden - heftig und erfolgreich konkurrieren, statt gegen andere, bei denen es am Wettbewerb mangelt, so könnte ihn das in seinem Spirit of Competition dämpfen oder gar völlig entmutigen. Auf diese Weise hätte eine solche Rechtspraxis eine Minderung oder Ausschaltung des freien Wettbewerbs und seiner erwünschten Wirkungen zur Folge.

---

[1] Begründung zum Regierungsentwurf, Abschnitt A. IV., vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1059.

d. Ergebnis

Insgesamt darf somit vorbehaltlich der Durchsetzbarkeit dieser Wettbewerbsvorstellung im Rahmen des §1 GWB festgestellt werden, daß ein so aufgefaßter Wettbewerbsprozeß mit den sich aus der Regierungsbegründung und der Praxis ergebenden Hauptanforderungen kompatibel ist.

Unter den Aspekten des wettbewerblichen Prozesses wurden ferner z.Teil die oben zu den Schutzobjekten gestellten Fragen beantwortet: Ein wettbewerblicher Prozeß umschließt sowohl Freiheit wie gute ökonomische Ergebnisse. Obwohl sich in ihm zahlreiche Freiheiten manifestieren, sind für ihn die oben beschriebenen Freiheiten in den Parallelprozessen und die Wahlfreiheit der Marktgegenseite im Austauschprozeß (Alternativen) besonders wichtig. Die aus dem wettbewerblichen Prozeß erwachsenden vielfältigen guten ökonomischen Ergebnisse wurden nur angedeutet und pauschal charakterisiert. Der Grund liegt darin, daß es zunächst darauf ankam, den wettbewerblichen Marktprozeß als solchen zu beschreiben. Dafür ist natürlich eine Erfassung seiner Voraussetzungen wichtiger als eine Erfassung seiner Ergebnisse. Wobei hinzugefügt werden muß, daß selbst bei der Betrachtung der Prozeßergebnisse ökonomische Vorteilhaftigkeit realiter immer erst aufgrund von einer dem Prozeß als Voraussetzung dienenden oder im Prozeß entwickelten Freiheit erwächst. So spornen z.B. - wie oben gezeigt - die für die Parallelprozesse erforderlichen Freiheiten die Wettbewerber zu Besserleistungen an. Auf der jeweiligen Marktgegenseite bedeuten Alternativen zwar Freiheit, die ökonomisch vorteilhaft genutzt werden kann. Zur Realisierung eines

entsprechenden ökonomischen Vorteils bedarf es aber noch der Aktivität des oder der durch diese Freiheit Begünstigten. Die freiheitlichen Aspekte sind insofern dem wettbewerblichen Prozeß unmittelbarer als die der ökonomischen Vorteilhaftigkeit.

IV. Probleme der Normativierung und ihre Überwindung

Die Frage ist nun, wie läßt sich ein derartiger Wettbewerbsprozeß so erfassen und normativieren, daß er als Rechtsbegriff praktikabel ist?
In der theoretischen Wettbewerbspolitik ist es verbreitet, den als Wettbewerb erkannten Marktsachverhalt mit Hilfe von normativierten Marktdimensionen positiv zu beschreiben [1], die als spezifische Normen unter den Oberbegriffen Marktstruktur-, Marktverhalten- und Marktergebnisnormen zusammengefaßt werden und in ihrer Gesamtheit eine Globalnorm des funktionsfähigen Wettbewerbs ausmachen.

---

1) Im Gegensatz zur praktischen Wettbewerbspolitik, die den Wettbewerb überwiegend indirekt oder negativ faßt:

"Man spricht von Antikartellpolitik, Antitrust- oder Antimonopolpolitik; die Gesetze richten sich gegen restrictive trade practices, gegen monopolizing und gegen practices to lessen competition, gegen Wettbewerbsbeschränkungen, gegen Diskriminierungen und anderes mehr.
Es wird also vermieden, jenen Wettbewerb zu beschreiben, den man durch derartige Gesetze und Vorschriften schützen will. Man ist nur dagegen, daß etwas gegen Wettbewerb geschieht."

Hoppmann, E., Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: ORDO 1967, Bd. XIIX, S. 77/78 (im folgenden zitiert als ... Wettbewerb... a.a.O., S...).

Da aus einer gegenwärtigen Marktstruktur in Verbindung mit einem bestimmten gegenwärtigen Marktverhalten jeweils ein zukünftiges Ergebnis erwächst, entspricht die vorgenommene Gruppierung grundsätzlich der Richtung des Kausalprozesses: Marktstruktur und Marktverhalten sind die Ursachen, das Marktergebnis die Wirkung. [1]

a. Der Ansatz für die weiteren Überlegungen: Die Ergebnisse des Prozesses

Wie oben festgestellt, dient der Prozeß des freien Wettbewerbs auch der Zielsetzung, die von der Regierungsbegründung dem GWB auferlegt wurde: Der Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung zum Wohle der Verbraucher und Konsumenten. Wettbewerb ist auch Mittel, um diesem Ziel zu dienen.

1. Zwei Meinungen

Einerseits ist es naheliegend, die gewünschten Ergebnisse des wettbewerblichen Marktprozesses als spezifische Marktergebnisnormen (Performance-Normen) in eine aufzustellende Globalnorm des Wettbewerbs - die z.B. außerdem noch Struktur- und/oder Verhaltensnormen umfassen kann bzw. umfaßt - einzubeziehen. Dies scheint sogar unerläßlich, denn - wie Sosnik sagt:

> "Structure and conduct do not completely determine performance, and performance remains the important consideration." [2]

---

[1] Vgl. Hoppmann, E., Workable Competition als ...a.a.O., S. 146.

[2] Sosnik, Stephen H., Contemporary Norms of Market, Structure and Behavior: a Critical Appraisal, University of California, Diss. 1950, S. 178
(im folgenden zitiert: Contemporary..., S...).

Andererseits hat z.B. Meyer-Cording - je nachdem ob in die Wettbewerbsdefinition Marktergebnisdimensionen als Spezialnormen mit einbezogen werden oder nicht - zwei Wettbewerbstypen unterschieden und gewarnt, normierte Wirkungselemente in die Definition aufzunehmen. [1] Eine Entscheidung für die eine oder andere Ansicht kann nur durch kritische Betrachtung der zugrundeliegenden Probleme getroffen werden. [2]

2. Überlegungen, die für eine Aufnahme von speziellen Marktergebnisnormen in eine Globaldefinition des Wettbewerbs sprechen

Die These Sosniks, die eine eindeutige Bestimmung der Ergebnisse des Marktprozesses durch Struktur und Verhalten leugnet, ist begründet. Ergebnisse des Marktprozesses, z.B. Gewinne, werden nicht nur durch die Struktur und Verhaltensweisen ihres mehr oder weniger fest umgrenzten Marktes, auf dem sie erzielt werden, mitbestimmt, sondern darüber hinaus noch durch die gesamtwirtschaftlichen Prozesse, die den Markt umspülen. Die Bedingungen im Gesamtprozess einer Verkehrswirtschaft ändern sich ständig und damit die Marktbedingungen für die einzelnen Industrien. Einige Industrien schrumpfen, weil andere wachsen. In manchen Perioden herrschen inflatorische, in anderen deflatorische Entwicklungen usw. Die Bedingungen eines gesamtwirtschaftlichen Prozesses werden von den Struktur- und Verhaltensdimensionen eines Marktes nur auf einem kleinen Sektor erfaßt, bestimmen aber, indem sie auf diese einwirken, die Marktergebnisse mit.

---

[1] Am Rande sei bemerkt, daß z.B. die amerikanischen Gerichte keinen performance test anwenden. Vgl. Mestmäcker, E.J., Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, ... a.a.O., S. 309.

Marktstruktur und -verhaltensweise determinieren somit nicht eindeutig die Marktergebnisse. Wäre es anders, wäre die Eingliederung von Marktergebnisnormen in eine globale Wettbewerbsnorm ohnehin überflüssig. So aber können aus gegebener Marktstruktur und gegebenem Marktverhalten vielerlei Marktergebnisse erwachsen. Bestimmte Marktergebnisse sind aber gerade das, weswegen man sich über Struktur- und Verhaltensdimensionen Kopfzerbrechen macht.

Es liegt deshalb nahe, durch Aufnahme von Marktergebnisdimensionen in eine Globaldefinition des Wettbewerbs Struktur- und Verhaltensdimensionen auf nachgeordnete Plätze zu verweisen und ihren instrumentalen Charakter zu betonen.

Aus dieser Betrachtung ergibt sich: Werden Marktergebnisnormen in einer Globaldefinition des Wettbewerbs verwendet, liegt der Schwerpunkt meist bei ihnen.

3. Überlegungen, die dagegen sprechen

Nun könnte man folgende Überlegung anstellen: Wenn es sowieso einerseits besonders auf spezielle Marktergebnisse ankommt, andererseits Prozessnormen (Struktur- und Verhaltensnormen) die Marktergebnisse nicht determinieren, sind die letzteren dann nicht überflüssig?

aa. Zur "reinen" Marktergebnis-Globalnorm

Es gibt reine Marktergebnis-Globalnormen. Diese haben vor allen Dingen folgende Mängel:

---

2) Die Anleitung zu sehr vielen Gedanken der nachfolgenden Diskussion dieses Problemkreises verdankt der Verfasser St.H. Sosniks Diss., Contemporary... a.a.O., S. 156 - 202, sowie dessen Aufsatz "A Critique of Concepts of Workable Competition", QJE 1958, S. 418 ff.

11. Sehr allgemeine Fassung der Normen

Sinn des Versuches einer normativen Erfassung des wettbewerblichen Prozesses ist es, ein Muster zu schaffen, das an gegebene Marktprozesse als Maßstab dafür angelegt werden kann, ob sie voll wettbewerblich bzw. nicht wettbewerblich sind oder sich auf irgend einer Stufe zwischen beiden befinden.
Marktergebnisnormen, die in eine zu bildende Globalnorm des freien Wettbewerbs einbezogen werden sollten, müßten begrifflich immerhin so präzise sein, daß sie eine derartige Beurteilung einigermaßen sicher erlauben.

Dazu ist zunächst einmal notwendig, die auch im Sprachgebrauch unter Ökonomen recht vagen Begriffe, wie z.B. Leistung und Fortschritt unter Berücksichtigung des Wohles der Verbraucher und Konsumenten - die wiederum in sich begrifflich problematisch sind -, mit einem festen Inhalt zu versehen. Üblicherweise werden zu einem solchen Versuch Normen über Preise, Gewinne, Kosten, Ausbringung, Produktvarianten usw. hilfsweise herangezogen.

Hier ergibt sich eine Schwierigkeit: Solche Marktergebnisnormen müssen - wenn sie in einem gesetzlichen Wettbewerbsbegriff zur Anwendung kommen sollen, der eine ganze Volkswirtschaft betrifft - so formuliert werden, daß sie für verschiedene Industrien zu verschiedenen Zeiten und unter verschiedenen Umständen gelten (und sich außerdem untereinander nicht widersprechen). Das kann aber nur durch Konstruktion genügend allgemeiner Marktergebnisnormen erreicht werden, die auf unterschiedliche Verhältnisse passen.

22. Kategorischer Marktergebnistest führt zu Unsicherheiten im Wirtschaftsleben

Testet man einen gegebenen Sachverhalt unter Verwendung von Marktergebnisnormen auf das Vorhandensein von Wettbewerb, so werden die gegebenen Normen mit dem gegebenen Sachverhalt verglichen (kategorischer Marktergebnistest).

Ein Nachteil, der aus der notwendig allgemeinen Form der spezifischen Marktergebnisnormen resultiert, zeigt sich bei den Ergebnissen des Tests.

Die allgemeine Fassung der Marktergebnisnormen hat zur Folge, daß den entscheidenden Instanzen ein breiter Ermessensspielraum überlassen werden müßte.

Würde z.B. die Entscheidung, ob auf einem Markt Preiswettbewerb zwischen Anbietern von bestimmten Waren herrscht, von Gewinnen, Investitionen und dergleichen abhängig gemacht, so ließe sich darüber vortrefflich streiten. Den Nutzen davon hätte hier besonders die Partei mit den überzeugenderen Argumenten.

Die Konsequenz würde in sehr unterschiedlichen Urteilen über gleiche oder ähnliche Sachverhalte liegen, die wahrscheinlich eine erhebliche Unsicherheit im Wirtschaftsleben zur Folge hätten.

33. Reine Marktergebnis-Definitionen sind Konzepte, die sich gegen den wettbewerblichen Prozeß richten

Weitere Konsequenz eines auf Marktergebnisnormen beruhenden Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen wäre eine entsprechende Reaktion der Unternehmer. Sie würden versuchen, drohenden Verfahren zu entgehen und die in ihrem Einflußbereich liegenden Verhaltensweisen und Strukturen so einzurichten, daß sie die

gewünschten Marktergebnisse am bequemsten erreichen könnten. Der wettbewerbliche Prozess würde vergessen, ja - da er meist unbequem ist - erdrückt, sofern es die Marktergebnisse erlauben. Das würde wegen des fehlenden gesetzmäßigen Zusammenhanges zwischen Prozess und Ergebnissen in der Regel immer der Fall sein, denn sowohl ein monopolisierter als auch ein oligopolistischer Wirtschaftszweig mit hohem Monopolisierungsgrad kann technische Fortschritte, Verbesserung und Verbilligung seiner Erzeugnisse usw. aufweisen. Auch sehr große, nicht wettbewerbsbegrenzte Marktmacht kann durchaus mit guten ökonomischen Ergebnissen einhergehen. Insofern sind Marktergebnisnormen auch ungeeignet, über beides zu informieren. [1] Selbst wer bereit wäre, wegen bestimmter Ergebnisse auf den Wettbewerb zu verzichten, müßte sich mit einem weiteren Problem befassen:

44. Unsicherheit über die Zweckmäßigkeit von Marktergebnisnormen

Marktergebnisse sind nicht Selbstzweck (Ziel), sondern dienen höheren Zwecken, wie z.B. der Leistungssteigerung und der Fortschrittsförderung, die wiederum Mittel im Dienste des Wohles der Verbraucher und Konsumenten sind.

Mit der Festsetzung von Marktergebnisnormen wird ein starres, wenn auch weites Schema geschaffen. Da sich auf freien Märkten im Zeitablauf die Marktpotentiale im Hinblick auf den Dienst am Wohl der Verbraucher und Konsumenten ständig ändern - in der Regel bedingt durch den technischen Fortschritt wachsen -, ist es zweifelhaft, ob die starre, auf eine Ebene zwischen Markt und Ziel geschobene Marktergebnisnorm

---

[1] Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 170/171.

dem entspricht, was optimal im Sinne der Zielsetzung ist. Insbesondere ist fraglich, ob sie nicht durch ihre starre Form zukünftig eher hemmend als fördernd auf die Entwicklung des Marktes wirken wird. Aus diesem Grunde herrscht also schon bei der Aufstellung einer solchen Norm Unsicherheit darüber, ob das, was man normiert, auch tatsächlich die gegenwärtig und zukünftig beste Lösung darstellt.

bb. Zur gemischten Marktergebnis-Globalnorm

Ein Ausweg aus dem Dilemma, in das die reine Marktergebnis-Globalnorm die Wettbewerbspolitik bringt, wird oft darin gesehen, in einer Wettbewerbs-Globalnorm den spezifischen Marktergebnisnormen spezifische Struktur- und Verhaltensnormen beizugeben.
Der Sinn: Man möchte durch sie so viel vom wettbewerblichen Prozeß erhalten, wie man für notwendig hält.
Die bereits in Verbindung mit reinen Marktergebnis-Globalnormen erwähnten Schwierigkeiten sind grundsätzlich auch für gemischte Marktergebnis-Globalnormen relevant. Diese zeigen jedoch einige zusätzliche Probleme.

11. Der Dualismus zwischen Marktergebnissen und Praktikabilität

aaa. Bei der Normativierung

Betrachtet man den Wettbewerb instrumental, so liegt der Schwerpunkt bei den Marktergebnissen. Die ergänzenden Struktur- und Verhaltensnormen sind notwendig, um nicht den Kontakt zum Wettbewerbsprozeß zu verlieren. Sie dürfen nicht zu speziell sein, da sie sonst - wegen des fehlenden gesetzmäßigen Zusammenhanges zwischen ihnen und den Marktergebnissen - u.U.

hemmend auf diese einwirken könnten. Aus diesem Grunde können sie nur als Minimalanforderungen an Struktur und Verhalten im wettbewerblichen Prozeß konzipiert werden.
Unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit zu einer wirksamen Wettbewerbspolitik im Sinne der gesetzlichen Zielsetzung liegt aber die Betonung auf Struktur und Verhalten. Eine wirksame Wettbewerbspolitik erfordert, daß unerwünschte Entwicklungen möglichst rasch erkannt werden. Das ist jedoch beim Test von Marktergebnissen nicht der Fall.
Hier können ja nur Ergebnisse bereits abgelaufener Kausalprozesse getestet werden. Da es in der Wettbewerbspolitik wesentlich darauf ankommt, präventiv einzugreifen und die Marktergebnisse aus Struktur und Verhalten erwachsen, ist es sinnvoller, bei diesen anzusetzen und sich Gedanken über die aus ihnen möglicherweise resultierenden Marktergebnisse zu machen.
Die Betonung muß bei Schaffung eines gesetzlich praktikablen Wettbewerbsbegriffes insbesondere auf dem Verhalten liegen. Stukturbedingungen können zwar jedes Verhalten beeinflussen - das ist wohl unbestritten -, sie können ein Verhalten jedoch nicht bestimmen in dem Sinne, daß Anbieter und Nachfrager zu einem bestimmten Handeln gezwungen werden. Das hat vor allem zwei Gründe:

1. Das auf realen Märkten ständig vorhandene Oszillieren von Mobilität, Teilbarkeit, Unwissenheit, Lags, Zufälligkeiten und freiem Willen bietet immer einen Spielraum für das Verhalten.

2. Keine Struktur schließt den Gebrauch von unfairen Taktiken, Preisänderungen, Produktmodifikationen usw. aus.

Daraus folgt umgekehrt, daß ein Verhalten aufgrund von Strukturuntersuchungen allein nicht diagnostiziert werden kann. Strukturbedingungen können ein Verhalten nur beeinflussen oder ausschließen, indem sie für entsprechende Anreize, Freiheiten und Begrenzungen sorgen.
Aus diesem Grunde ermöglichen sie in gewissem Umfang Aussagen darüber, ob ein bestimmtes Verhalten von Dauer sein wird.

Verhalten kann jedoch die Struktur nicht nur beeinflussen, die Struktur wird immer unmittelbar durch Verhalten geschaffen und damit mitbestimmt. Marktstruktur ist insofern auch das Ergebnis von Marktverhalten.

Die Kategorie "Verhalten" umschließt sämtliche Aktivitäten von Anbietern und Nachfragern am Markt. Nur Aktivitäten schaffen unmittelbar wirtschaftliche Marktergebnisse.

Beim Test sind Verhaltensnormen technisch praktikabler als Strukturnormen. Letztere haben, verglichen mit den Verhaltensnormen, drei schwerwiegende Nachteile:

1. Die Anwendung von Strukturnormen setzt eine genaue Marktabgrenzung voraus; für Verhaltensnormen dagegen ist eine Marktabgrenzung nicht besonders wichtig, da sich die Verhaltensmerkmale nicht auf Konzepte beziehen, die Genauigkeit in der Gruppierung verlangen.

2. Strukturnormen sind meist nur unter Verwendung qualifizierender Adjektive formulierbar. So ist z.B. häufig von einer "großen" Anzahl Unternehmen die Rede

oder von "geringen" Qualitätsdifferenzen. Durch solche Adjektive werden die Strukturnormen in hohem Maße mehrdeutig.
Bei Verhaltensnormen hingegen läßt sich dieser Mangel vermeiden. Sie sind klar in einer Sprache formulierbar, die von den meisten Marktbeteiligten verstanden wird.

3. Da Strukturnormen den Marktbeteiligten für ihr Verhalten immer einen Spielraum lassen, sind sie ungeeignet, den Marktbeteiligten in dem Maße Mitverantwortung für das Geschehen am Markte aufzuerlegen, wie das durch Verhaltensnormen möglich wird. Mit Hilfe von Verhaltensnormen kann der Spielraum für das Handeln der Marktbeteiligten relativ genau eingegrenzt oder gar ausgeschlossen werden. Verstöße gegen eine Norm sind auf einzelne Personen oder Personengruppen beziehbar, Da dem Täter im allgemeinen Strafe droht, jeder Marktbeteiligte jedoch potentieller Täter ist, sind Verhaltensnormen geeignet, allen Marktbeteiligten direkte Mitverantwortung für das Geschehen am Markte aufzuerlegen.

Die Ausführungen zum letzten Punkt gelten entsprechend auch für das Verhältnis zwischen Verhalten und Marktergebnissen.

Aus dem zum letzten Punkt angestellten Erwägungen wird auch ersichtlich, daß Verhaltensnormen gerade nicht zu allgemein sein dürfen, weil sie sonst ihre Funktion, den Marktbeteiligten Mitverantwortung aufzuerlegen, nicht erfüllen können und damit einen großen Teil ihrer Praktikabilität einbüßen.

bbb. Beim Test

Soll nun ein gegebener Sachverhalt, z.B. ein Gesell-

schaftsvertrag, daraufhin untersucht werden, ob er den Wettbewerb beschränkt, so ist ein doppelter Test notwendig:
Ein Test, der untersucht, ob durch einen gegebenen Vertrag - der selbst ein durch Verhalten zustandegekommenes Strukturelement darstellt - eine Strukturänderung bereits vollzogen oder eine Verhaltensänderung wahrscheinlich ist, die sich mit den schutzwürdigen Merkmalen des Wettbewerbsprozesses nicht vereinbaren läßt. Dieser Test liefert den aktuellen Ansatzpunkt, den eine schlagkräftige Wettbewerbspolitik braucht.
Zusätzlich ist ein Marktergebnistest erforderlich, mit dem zu überprüfen ist,ob infolge der unerwünschten Struktur- bzw. Verhaltensänderungen unbefriedigende Marktergebnisse eingetreten sind bzw. eintreten werden. Da die Betonung auf den Marktergebnissen liegt, denen der Prozeß dienen soll, ist das notwendig, denn nur deswegen werden bestimmte Verhaltensweisen untersagt oder bestimmte Strukturen bekämpft.

Dabei ist erforderlich, den Zusammenhang zwischen Ursachen und Wirkungen durch die interdependenten marktlichen und eventuell gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge zu verfolgen.
Die Gewißheit, mit der ein derartiger Zusammenhang erfaßt werden kann, ist unterschiedlich. Mit Evidenz ist zu sagen, daß durch die Vereinbarung aller Eierverkäufer in einem abgelegenen Marktflecken,Eier - statt wie bisher je nach Marktlage und Verkaufsgeschick zu Stückpreisen zwischen 13 und 17 Pfg. zu verkaufen - einheitlich zu 19 Pfg. anzubieten, zumindest die Preisalternativen der Käufer beschränkt werden.

Darüber, ob die Fusion von zwei relativ großen Unternehmen auf einem Oligopolmarkt Ergebnisse zeitigt, die nicht nur langfristig im Interesse der Verbraucher und Konsumenten liegen, sondern zugleich auch besser sind als die Ergebnisse, die ohne Fusion zustande gekommen wären, lassen sich nur recht vage Spekulationen anstellen. [1] Grundsätzlich darf man hier wohl feststellen, daß über kausale Zusammenhänge um so eher Aussagen gemacht werden können,

1. je begrifflich faßbarer die als Ursache bzw. Wirkung betrachteten Elemente sind,
2. je geringer die Anzahl der Elemente auf beiden Seiten und
3. je kürzer die Kausalkette ist.

Davon hängt auch das unterschiedliche Ausmaß ab, notwendige Hypothesen (deshalb Marktergebnis-Hypothesentest) [2] über vermutete Zusammenhänge aufzustellen, deren Kenntnis zur Beurteilung von Verhalten und Struktur erforderlich ist. Hypothesen lassen sich in der Praxis bei solchen gemischten Globalnormen nicht vermeiden. Je nach dem Ausmaß der notwendigen Hypothesen ist eine auf sie gestützte Wettbewerbspolitik mit Unsicherheiten belastet.

Aus diesem Grunde sind derartige Begriffe für die Exekutive nicht besonders praktikabel.

22. Der Dualismus zwischen sozialen und individuellen Zielen

Der Wettbewerbsprozeß, wie wir ihn geschildert haben, beruht auf individuellen Zielsetzungen, die sich

---

[1] Man vgl. hierzu z.B. Schmidt, I., Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1967, 635 ff u. 777 ff.

innerhalb des Prozesses bei bestehender Freiheit durch Reziprozität selbst zügeln.

Die Normativierung von Marktergebnissen geschieht immer aus sozialer Sicht. Der Wettbewerbsprozeß soll für die Gemeinschaft bestimmte Dinge leisten, z.B. die Konsumenten möglichst günstig versorgen. Unzweifelhaft ist, daß der Wettbewerbsprozeß sich auch zum Wohle der Verbraucher auswirken kann und sich längerfristig auch auswirken muß. Trotzdem liegt in der Normativierung von Prozessergebnissen eine Gefahr. Hier wird dem Wettbewerb, der auf dem freien Spiel von nach individuellen Zielen ausgerichteten Kräften beruht, eine Aufgabe vorgeschrieben, über die er selbst leicht vergessen werden kann. Die These der Regierungsbegründung, "Ziel ist das Wohl der Verbraucher, insbes. der Konsumenten, Wettbewerb ist nur ein Mittel dazu - neben verschiedenen Wettbewerbsbeschränkungen" - macht klar, daß Wettbewerb unter diesem selektiven Aspekt der Zielsetzung nicht Ziel, sondern eben nur Mittel einer Wirtschaftspolitik ist, die auf Marktergebnisse abstellt und sich dabei notwendigerweise in die Probleme des Marktergebnis-Hypothesentests verstrickt.
Die Konsequenz aus einer derartigen These ist: Wird anhand eines Marktergebnis-Hypothesentests festgestellt, daß durch eine Wettbewerbsbeschränkung, z.B. durch ein Rationalisierungskartell, das angestrebte Ergebnis besser erreicht zu werden verspricht als durch Wettbewerb, dann ist auf den Wettbewerb zu verzichten.

---

2) Man vgl. dazu Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 170 u. 178.

4. Ergebnis

Wie die Untersuchungen zeigten, führt die Aufnahme von normierten Marktergebnissen in eine Wettbewerbsdefinition zu vielerlei Schwierigkeiten.

Insbesondere ist sie bedenklich, weil sie in jedem Fall in nuce einen Zielkonflikt zwischen Individual- und Sozialinteressen beschwört, der bei entsprechender Betonung der Sozialinteressen zur Eliminierung des Wettbewerbsprozesses führen kann.

b. Eine weitere Möglichkeit: Direkte definitorische Erfassung des Prozesses unter Verzicht auf Einbeziehung von Marktergebnissen

Die meisten zur Auslegung des §1 GWB herangezogenen Wettbewerbsdefinitionen stellen Versuche dar, den wettbewerblichen Prozeß - unter weitgehendem Verzicht auf die Einbeziehung von Marktergebnissen - direkt durch Aufzählung der wettbewerblichen Struktur- und Verhaltensmerkmale zu erfassen. Sofern diese Definitionen als Vorstufe für einen gesetzlichen und somit normativen Wettbewerbsbegriff gedacht sind, leiden sie an einem besonderen Mangel. Ohne die freie Entfaltung des freien wettbewerblichen Prozesses unerwünscht einzuengen, sind die Prozessmerkmale begrifflich nicht so präzise umgrenzbar, daß sie im Falle einer Normativierung befriedigend praktikabel wären. Der Grund dafür: Der historische Prozeß des Wettbewerbs ist für die Zukunft offen.
Da das schöpferische Potential des Menschen unermeßlich ist, kann nicht vorausgesehen werden, welcher Mittel sich die Wettbewerber unter welchen Umständen bedienen werden, um sich am Markt durchzusetzen. [1]

---

[1] Hoppmann, E., Wettbewerb als... a.a.O., S. 84: ⟶

Wie soll man aber weitgehend Unbekanntes normieren - was ja zugleich beurteilen in Anbetracht der Zielsetzung bedeutet?

Würde man sich über diese Bedenken hinwegsetzen und z.B. die gewünschten und erlaubten Verhaltensweisen am Markt erschöpfend normieren, so würde man viele dynamische Unternehmer, deren Impulse die Wirtschaft besonders braucht, an der Realisierung ihrer Gedanken hindern. Der Weg einer direkten Beschreibung des Prozesses erweist sich somit als unbefriedigend.

c. Die Vorschläge des neoklassischen Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs

Von diesen Erkenntnissen geht das neoklassische Wettbewerbskonzept aus.

1. Verzicht auf die Normativierung von Ergebnissen des Wettbewerbs

Obwohl es anerkennt, daß Wettbewerb auch seiner allgemeinen, vom Standpunkt der Gemeinschaft aus geschätzten ökonomischen Ergebnisse wegen geschützt wird [1], lehnt es - um die oben erwähnten Nachteile zu vermeiden - ab, Ergebnisse zu normativieren. [2]

"Wettbewerb ist ein Prozeß, der Möglichkeiten bietet und Chancen eröffnet. Das Potential läßt sich nicht definieren, es sollen lediglich Chancen und Möglichkeiten offengehalten werden.
Wegen der 'Offenheit des geschichtlichen Prozesses' ist es nicht möglich, jene Marktprozesse, in denen sich Wettbewerbsfreiheit manifestiert, positiv in ihren Zusammenhängen und Ergebnissen im einzelnen praktikabel zu beschreiben."

1) a. Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 168: →

Ein freier wettbewerblicher Prozeß wirkt immer tendenziell in oben beschriebener Weise auf individuell und gesamtwirtschaftlich vorteilhafte Ergebnisse hin. [3] Diese darf man nur nicht normativieren, sonst beschwört man Zielkonflikte herauf, die geeignet sind, mit Hilfe von Diskussionen über hypothetische Marktergebnisse den Wettbewerb selbst - und damit den Faktor, der letzten Endes langfristig nach liberaler, durch Beobachtung der Realität gestützter Anschauung der Freiheit dient und Wohlstand schafft - zu eliminieren. Erklärtes Schutzobjekt ist deshalb nur der Wettbewerbsprozeß, der die oben dargestellten Dimensionen aufweist.

"Ein wettbewerblicher Markt im Sinne des neoklassischen Konzepts wird um seiner selbst willen und zugleich auch als wirtschaftspolitisches Instrument gewünscht..."

b. Ders., Workable... a.a.O., S. 253:

"Wettbewerb wird somit erstrebt, weil sich in ihm wirtschaftliche Freiheit manifestiert... Ferner wird er wegen seiner ökonomischen Auswirkungen gewünscht, er ist ein doppelt nützliches Instrument."

2) Hoppmann, E., Wettbewerb als... a.a.O., S. 81:

"Man könnte mit gewissen Bedenken auch sagen, Wettbewerb sei für alle ein nützliches Instrument oder werde um seiner ökonomischen Wirkungen willen gewünscht. Jedoch sind solche Formulierungen recht gefährlich. Sie dienen häufig dazu, andersartige Wertprämissen einzuschmuggeln."

3) "Wir haben in Wirklichkeit allen Grund anzunehmen, daß der Wettbewerb in seiner Funktion, das wirtschaftliche Wachstum anzuregen und die Produktivität zu erhöhen, weitaus mehr zur Minderung der Arbeitslosigkeit, Beseitigung der Armut und zur Förderung der nationalen Verteidigung tut, als es eine Politik könnte, die Wettbewerbsbeschränkungen und Monopolisierung zuläßt."

Turner, D.F., Zur Anwendung des Antitrustrechts, in: WuW 1966, S. 222.

2. Anforderungen an die Wettbewerbsdefinition

Es gilt somit eine Wettbewerbsdefinition zu bilden, die

1. auf spezifische Marktergebnisnormen verzichtet [1],
2. die alle mit einer direkten Beschreibung des wettbewerblichen Prozesses verbundenen Nachteile vermeidet und
3. das zweite Anliegen des neoklassischen Konzepts - Mittel bereitzustellen, die eine Gestaltung der Marktprozesse im Sinne des Gewünschten ermöglichen - berücksichtigt.

3. Indirekte Fassung des Wettbewerbs

Um diesen Anforderungen zu genügen, erfaßt das neoklassische Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs den wettbewerblichen Prozeß indirekt. Ausgangspunkte dafür sind die für das Zustandekommen eines derartigen Prozesses notwendigen Voraussetzungen. Wenn man die auf Kauf bzw. Verkauf gerichteten individuellen Zielsetzungen der Marktteilnehmer in den Begriff des Spirit of Competition einbezieht und so zu einem - verglichen mit oben (S. 294) - umfassenderen Begriff kommt, erwächst ein wettbewerblicher Prozeß ohne äußeres Zutun aus dem Markt, wenn seine Voraussetzungen vorhanden sind:

1. Die Bereitschaft der Individuen, die eigene Zielsetzung am Markt selbständig im Wettbewerb durchzusetzen (Spirit of Competition);

---

[1] Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 174:

"Bisher wurde... festgestellt, daß es eine Marktprozeß-Definition sein muß, da sie lediglich aus spezifischen Marktstruktur- und/oder Marktverhaltensnormen besteht."

2. Freiheit im Austauschprozeß sowie Freiheit

   a. zum Einsatz von Aktionsparametern,
   b. zur Innovation und Imitation und
   c. zum Eintritt in Märkte.

Die beiden komplexen Voraussetzungen sind notwendige und hinreichende Bedingungen für Wettbewerb. Ohne Freiheit gibt es ebensowenig Wettbewerb wie ohne Spirit of Competition. Sind sie vorhanden, so überlagern sich beide offenbar vielfältig im Hinblick auf die Intensität des aus ihnen fließenden wettbewerblichen Prozesses. So kann z.B. ein

> "competitive spirit... break through an anti-competitive governmental structure, and conversely a pervasive refusal to compete or to organize business along lines appropriate for competition might be sufficient to defeat a governmental policy of fostering competition." [1)]

Das zweite Anliegen des neoklassischen Konzeptes erfordert Berücksichtigung praktischer Gesichtspunkte. Dem kann in diesem Zusammenhang dadurch genügt werden, daß bei einer Erfassung des wettbewerblichen Prozesses mit Hilfe seiner Voraussetzungen insbes. auf die Voraussetzungen abgestellt wird, die sich als Ansatzpunkte praktischer wettbewerbspolitischer Maßnahmen eignen. Einem solchen Erfordernis vermögen die obigen Voraussetzungen des wettbewerblichen Prozesses nicht im gleichen Maße zu dienen. So sind z.B. die praktischen Möglichkeiten zur Beeinflussung des Spirit of Competition begrenzt. Nach verbreiteter Auffassung kann man ihn mit bekannten wirtschaftspolitischen Mitteln zwar im Rahmen der Wettbewerbsförde-

---

1) Edwards, C.D., Maintaining...
a.a.O., S. 1.

rungspolitik [1] beeinflussen, die Ergebnisse der Beeinflussung sind jedoch weitgehend offen; man kann eine Verbesserung des Spirit of Competition keineswegs erzwingen. Aus diesem Grunde scheidet er als Instrument einer Antikartell- bzw. Antimonopolpolitik aus. Für eine an obigen Erfordernissen orientierte Erfassung des wettbewerblichen Prozesses wird er damit uninteressant.

Mit der Freiheit verhält es sich anders. Das ganze Markt- und Wirtschaftsgeschehen vollzieht sich in faktischen oder rechtlich fixierten Freiheitsbereichen. Jedes wirtschaftliche Handeln in diesem Rahmen läßt sich wiederum als eine Veränderung bestehender Freiheiten auffassen. Ein Wirtschaftssubjekt hat somit keine Möglichkeit, ohne Veränderung bestehender Freiheiten im Sinne des wettbewerblichen Prozesses für oder gegen ihn wirtschaftlich tätig zu sein. Insofern ist die Gestaltung von Freiheiten jedem Geschäftsmann und jedem Wirtschaftspolitiker bestens vertraut.

Stellt sich für den einzelnen einerseits die Verfolgung seiner Interessen am Markt als Problem, vorhandene Freiheiten zu nutzen, um eine im Sinne seiner Interessen größere Freiheit bzw. größere Freiheiten zu erreichen, so ergibt sich andererseits hier für die Wirtschaftspolitik ein vernünftiger Ansatzpunkt, um durch Begrenzung der Freiheitsbereiche am Markt die Durchsetzung individueller Interessen im Marktgeschehen zu bremsen oder zu stimulieren und somit auf den wettbewerblichen Prozeß Einfluß zu nehmen.

---

1) Zu diesem Begriff sowie zu den Begriffen "Antikartell-, Antitrust- u. Antimonopolpolitik vgl. man Hoppmann, E., Zum Problem ... a.a.O., S. 32/33.

Das neoklassische Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs schlägt deshalb vor, den wettbewerblichen Prozeß mit Hilfe des für ihn erwünschten Freiheitsspielraumes indirekt zu fassen.

4. Negative Definition der Wettbewerbsfreiheiten

Welche Freiheiten es im einzelnen sind, die der Freiheitsspielraum integriert, kann nur nach Betrachtung des Schutzobjektes, des wettbewerblichen Prozesses, entschieden werden. Das Problem ist z.B. nicht dadurch lösbar, daß man versucht, die oben als wettbewerbsrelevant erkannten Freiheiten im einzelnen zu beschreiben, denn Wettbewerbsfreiheit ist relative Freiheit im Rahmen der Marktprozesse [1], die sich - wie oben schon gezeigt - nach den wechselnden Marktbedingungen ständig ändert. Positivismus bei der Normativierung der erwünschten Freiheiten würde hier eher hinderlich als förderlich sein, denn es bestünde die Gefahr, private unternehmerische Initiative durch weitreichende gesetzliche Vorschriften zu erdrücken. Edwards meint deshalb, daß die Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs ähnlich den Regeln sportlicher Wettkämpfe sein sollten:

> "... they set limits within which the play must take place, and in doing so necessarily affect the character of the play, they should allow choice among a large number of alternatives, including all those that make for a good game. In a system that is not competitive, the scope of the rules of the game may be so increased that few alternatives are left for the players. In other words, the rules may become prescriptive instead of prohibitive and the system may become state-managed rather than competitive." [2]

---

1) Hoppmann, E., Zum Problem... a.a.O., S. 31.
2) Edwards, C.E., Maintaining,.. a.a.O., S. 3.

Wohl hauptsächlich aus diesem Grunde faßt das neoklassische Konzept den gesetzlichen Schutz der Wettbewerbsfreiheit negativ. Schutz des wettbewerblichen Prozesses bedeutet somit Schutz der wettbewerblich relevanten Freiheit vor Freiheitsbeschränkungen, und zwar - da unter dem zweiten Anliegen des neoklassischen Konzepts, der Schaffung zweckentsprechender Instrumente, nicht alle Freiheitsbeschränkungen gleichermaßen relevant sind - vor allem vor Freiheitsbeschränkungen, die auf künstlichen Hindernissen beruhen. Diese werden von natürlichen Hindernissen getrennt. [1] Der Sinn der Trennung liegt darin, gewachsene, nicht oder nur langfristig abbaubare Hindernisse von solchen zu trennen, die durch staatliche oder unternehmerische Praktiken geschaffen und aufrechterhalten werden: sie beruhen in der Regel auf hoheitlichen Willensakten, Verträgen oder Agreements. Entfallen diese, so entfallen auch die willkürlichen Hindernisse.
Im Vergleich zu den natürlichen Hindernissen sind sie kurzfristig auf- und abbaubar. Insofern sind sie nicht nur geeignet, zu schnell wirksamen wettbewerbspolitischen Maßnahmen herauszufordern, sondern auch als Ansatzpunkte derartiger Maßnahmen zu dienen.

---

[1] Hoppmann stützt sich bei dieser Unterscheidung auf Machlup, indem er ausführt:

"Aber man müsse zwischen Hindernissen natürlicher und willkürlicher Art unterscheiden."

Die letztere Art erklärt er näher:

"Willkürliche Hindernisse... sind willkürlich, weil sie durch die Marktteilnehmer oder den Staat künstlich geschaffen werden."

Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 160, man vgl. auch ebenda, S. 189, Fußnote 56 sowie dens. in: Zum Problem... a.a.O., S. 32; in: Workable... a.a.O., S. 266/67.

Der nicht oder nur langfristig im Rahmen der Wettbewerbsförderungspolitik abbaubaren natürlichen Hindernisse wegen liegt für das um Realitätsnähe bemühte neoklassische Konzept des freien Wettbewerbs das wettbewerbliche Ideal nicht in einem von jeglichen Hindernissen freien Wettbewerb, sondern nur in einem wettbewerblichen Prozeß, der grundsätzlich [1] frei ist von willkürlichen Hindernissen. Freier Wettbewerb ist insofern negativ definiert durch das Fehlen willkürlicher bzw. künstlicher Wettbewerbshemmnisse. [2]

V. Ergebnis

Das Resumee, das uns nach dieser Behandlung und Entwicklung der leitenden Gedanken zu den ersten beiden Problemkreisen bez. den Vorstellungen der Regierungsbegründung zu ziehen bleibt, ist in gewisser Weise paradox: Geht man mit der üblichen Fragestellung nach Schutz ökonomischer Vorteilhaftigkeit und/oder Individualschutz an die Regierungsbegründung heran, zeigt sich, daß sie beides möchte. Nimmt man jedoch die in der Regierungsbegründung von ihr selbst besonders betonten Gedanken über den Wettbewerb und seine Bedeutung für eine freiheitliche und demokratische Grundordnung der Wirtschaft zum Ausgangspunkt, so ergibt sich die Notwendigkeit, normativ Wettbewerb als Schutzziel des GWB und den Schutz der für den wettbewerblichen Prozeß notwendigen Freiheiten als Mittel zur Erreichung dieses Zieles anzusehen.

---

1) Frei kann er z.B. natürlich nicht von solchen Regeln sein, die eine Durchbrechung des wettbewerblichen Prozesses durch die Wettbewerber verhindern.

2) Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 160.

a. Im Hinblick auf den gesetzlichen Wettbewerbsbegriff

Der Grund dieser Diskrepanz liegt vor allem darin, daß die Verfasser der Regierungsbegründung nicht in gleichem Umfange den bei der Normativierung zu beachtenden Erfordernissen folgten wie das neoklassische Konzept.
In Anbetracht dessen ist nicht zu erwarten, daß die einem derartigen gedanklichen Hintergrund entsprungenen Rechtssätze des GWB unbedingt praktikable Gedankenhülsen für eine Interpretation abgeben müssen.
Die Frage, die sich in Anbetracht dieser Problematik stellt, lautet: Muß man auf die Anwendung des neoklassischen Konzeptes zur Interpretation des §1 verzichten, weil unsachgemäße Ansichten im Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben und insofern eine einheitliche Anwendung der Gedanken des Konzeptes auf alle relevanten gesetzlichen Vorschriften nicht möglich scheint?
Anders ausgedrückt: Soll das Konzept entfallen, wenn es sich nicht dem Wortlaut einer Formulierung anzupassen vermag, oder soll das Gesetz geändert werden?

Diese Fragen hat die Regierungsbegründung teils explizit teils implizit zugunsten der Priorität der das Gesetz leitenden Gedanken und damit zugunsten des Konzepts entschieden, das diesen Gedanken gerecht wird.

In Teil B I Nr. 1 führt sie aus:

> "Will man von... Grundsätzen abgehen so mag das Gesetz geändert werden." [1]

Für die Frage welche Grundsätze sie selbst hat, verweist die Begründung an gleicher Stelle auf ihre Ausführungen im Teil A, die von uns schon oben einer Exegese unterzogen wurden, deren Ergebnis die Grundsatzentscheidung der Begründung für den freien Wettbewerb war.

---

[1] Gem.K., 1. Aufl., S. 1065.

Aus dem Zitat ist als Wille der Regierungsbegründung ersichtlich: Die positiv-rechtliche Ausgestaltung des Gesetzes muß sich nach den leitenden Gedanken richten. Im Falle des Konflikts hat sich die positiv-rechtliche Ausgestaltung des Gesetzes den leitenden Gedanken anzupassen.
Damit ist unsere Frage beantwortet: Gestützt auf die Regierungsbegründung kann das neoklassische Wettbewerbskonzept der Interpretation des GWB zugrundegelegt werden.

b. Im Hinblick auf die Frage zu den Zielen

Für unsere Ausgangsfrage, die darauf abzielte herauszufinden, wie die beiden Ziele (ök. Vorteilhaftigkeit, individuelle Freiheit) bezüglich Qualitäten und Quantitäten zueinander stehen, ergibt sich somit als Antwort:

1. Wettbewerb sorgt für viele Ergebnisse, die vom ökonomischen Standpunkt positiv zu beurteilen sind. Da eine Normativierung der Ergebnisse des Wettbewerbs nicht systemkonform ist, brauchen sie nicht qualitativ und quantitativ im einzelnen erfaßt und beschrieben zu werden.

2. Schutzobjekt des GWB ist der wettbewerbliche Prozeß. In ihm manifestieren sich Freiheiten; Freiheiten sind notwendige Voraussetzung für ihn. Die qualitative und quantitative Bestimmung der Freiheiten richtet sich nach den Vorstellungen vom wettbewerblichen Prozeß. Sie wurden von uns in ihrer Qualität positiv global beschrieben. Ihr Schutz erfolgt negativ durch Verhinderung unerwünschter qualitativer Änderungen und quantitativer Beschränkungen. Eine Feinbestimmung des Unerwünschten kann sinnvoll nur in Anbetracht des jeweiligen Marktprozesses erfolgen.

B. Der Schutz des Wettbewerbs durch §1

Entsprechend dem soeben entwickelten Begriff des Wettbewerbs haben die mit der Praktizierung des GWB betrauten staatlichen Instanzen nach der in Übereinstimmung mit der Regierungsbegründung (vgl. oben S. 249) stehenden Auffassung des neoklassischen Konzepts lediglich die Aufgabe

> "die Wettbewerbsfreiheit gegen restriktive Unternehmerpraktiken zu schützen." 1)

Wir wollen uns nun der Frage zuwenden, welchen Bereich der Wettbewerbsfreiheit §1 schützen soll.

I. Partieller Schutz des wettbewerblichen Prozesses durch §1

Nimmt man an, das GWB sei Mittel, um den freien wettbewerblichen Prozeß zu schützen, so ergibt sich schon aus der Konzeption des Gesetzes, daß einzelnen seiner Abschnitte bzw. §§ der Schutz des wettbewerblichen Prozesses vor besonderen beschränkenden Techniken übertragen worden ist. Insbes. sind vier Abschnitte des Gesetzes in diesem Zusammenhang von Bedeutung: Die §§ 1-14, die sich mit den sog. Kartellverträgen, die §§ 15-21, die sich mit sonstigen Verträgen, die §§ 22-24, die sich mit marktbeherrschenden Unternehmen, und die §§ 25-27, die sich mit wettbewerbsbeschränkenden und diskriminierenden Verhalten befassen.

---

1) Hoppmann, E., Workable Competition als... a.a.O., S. 172 .

Im Hinblick auf §1 wird die Ansicht des partiellen Wettbewerbsschutzes durch die Regierungsbegründung bestätigt:

> "Kartelle sind nur ein, wenn auch sehr bedeutsamer Ausschnitt aus der Gesamtheit aller den Wettbewerb einschränkender Maßnahmen." [1]

§1 soll somit und kann (da jede Auslegung Grenzen in den sie leitenden Gedanken hat, die wiederum selbst nicht unabhängig sind, sondern vom ganzen Ordnungsgefüge her ihren Sinn erhalten) auch als Kartell-Grundsatzvorschrift den wettbewerblichen Prozeß nur gegen eine Technik schützen - eben jene, die der §1 tatbestandsmäßig erfaßt. [2]

II. Der besondere wettbewerbspolitische Zweck des §1

Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale muß sich nach dem besonderen, mit §1 bezweckten Schutz richten. Welche speziellen unternehmerischen Manipulationen möchte §1 also vom wettbewerblichen Prozeß fernhalten?

Wir wollen versuchen, diese Frage mit Hilfe der Regierungsbegründung, der Gesetzeskonzeption und unserem Bild vom freien wettbewerblichen Prozeß grundsätzlich zu beantworten.

---

1) Reg.Begr. B I; Gem.K., 1. Aufl., S. 1063.

2) Die Frage, ob und inwiefern diese Technik durch im Gesetz nachfolgende Ausnahmeregelungen erlaubt werden kann, braucht bei Behandlung des §1 grundsätzlich nicht zu interessieren.

In der Regierungsbegründung stößt man mit dieser Frage weniger auf ein Monopolproblem als auf ein Problem unerwünschter Marktmacht (vgl.o.S.270,272).Von den von der Regierungsbegründung unterschiedenen "Grundformen" [1] der Marktmacht entsteht lediglich eine Form nur durch Verträge oder Beschlüsse. Sie ist damit offenbar die für §1 relevante Form. Sie bildet sich

> "auf rechtlich-organisatorischer Grundlage in der Weise, daß sich mehrere rechtlich selbständige Unternehmen unter Beschränkung ihrer eigenen Selbständigkeit untereinander oder einzeln gegenüber anderen durch Vertrag oder Beschluß binden, durch Regelung der Marktfaktoren den Wettbewerb zu beschränken oder auszuschalten..." [2]

Die Regierungsbegründung klassifiziert unerwünschte Marktmacht in Übereinstimmung mit dem neoklassischen Konzept nach den Techniken ihrer Entstehung und nicht nach ihren ökonomischen Resultaten. Ist es z.B. einem Produzenten von Waschpulver möglich, die Einzelhändler zu verpflichten, sein Waschpulver nur zu bestimmten einheitlichen Preisen abzugeben, so vollzieht sich der Austauschprozeß auf dem Markt zwischen Einzelhändlern und Konsumenten unter eingeschränkter Wettbewerbsfreiheit - etwa ebenso, wie bei einer horizontalen Absprache der Einzelhändler untereinander. Die Erscheinungsform der eingeschränkten Wettbewerbsfreiheit ist die gleiche, unterschiedlich ist dagegen ihre Entstehung. Hier muß man auch ansetzen, wenn man - wie die Gesetzeskonzeption erfordert - den für §1 relevanten Bereich von dem im obigen Zitat miterfaßten der §§ 15 ff trennen will.

---

[1] Reg.Begr., A IV, vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1058.

[2] Ebenda, S. 1058.

Die §§ 15 ff gehen davon aus, daß jemand Marktmacht hat, die er im Austauschprozeß so einsetzt, daß sie sich über den Marktpartner als Zwischenträger auf andere Märkte oder weitere Marktbereiche ausdehnt. Neben dem eigentlichen Tauschakt am Markt, der in der Regel darin besteht, Ware gegen Geld zu tauschen, unterwirft die im Austauschprozeß mächtigere Partei die schwächere z.B. in den Fällen der §§ 15 bis 17 dadurch ihren Interessen, daß sie ihr für das gehandelte Objekt Verfügungsbeschränkungen im weiteren geschäftlichen Verkehr auferlegt. [1]
Auf diese Weise ist es einem Vertragsteil möglich, unter Ausnutzung seiner Marktmacht in den Bereich der Selbstbestimmung des Vertragsgegners einzudringen und damit bei diesem einen Bereich geschäftlicher Entschließungen zu beherrschen, der den Grundsätzen des freien Wettbewerbs überlassen bleiben sollte. [2]

§1 hingegen richtet sich gegen Marktmacht, die im Parallelprozeß dadurch entsteht, daß sich Marktbeteiligte zu einem gemeinsamen Zweck [3] vertraglich zusammenschließen.

---

1) Regierungsbegründung, B I Nr. 2, vgl. Gem.K., 1.Aufl., S. 1075.

2) Ebenda, S. 1067.

3) a. Die Eignung des gemeinsamen Zwecks zu einer solchen Beschränkung reicht nach der Regierungsbegründung schon aus. Man vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1075.

b. Die Regierungsbegründung erläutert den "gemeinsamen Zweck" wie folgt:

"... der Kartellvertrag ist stets ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des 705 BGB." Vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1066.

Das hat nach herrschender Rechtslehre folgendes zu bedeuten: ⟶

Nach § 705 BGB ist die Gesellschaft der Vertrag, durch den sich mehrere Personen gegenseitig verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch ihr Zusammenwirken zu fördern. (Vgl. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch d.BGB, 2. Band, 1954, S. 701).

Im einzelnen ist zu sagen:

Daß der Zweck ein gemeinsamer sein muß, weist darauf hin, daß jeder Gesellschafter an der Erreichung dieses Zweckes in irgendwelcher Weise Anteil haben muß. Um einen egoistischen Zweck braucht es sich dabei nicht zu handeln; die Gesellschaft kann z.B. allgemeine Interessen oder den Vorteil eines Dritten (z.B. dessen Ausbildung) verfolgen, dann haben eben sämtliche Gesellschafter die Erreichung dieses Zweckes zu ihrem gemeinsamen Interesse gemacht (ebenda, S. 702).

Außerdem sind gemeinsame Zwecke solche, die sich nur durch das Zusammenwirken mehrerer verwirklichen lassen. Sie unterscheiden sich insofern auch von den besonderen Zwecken des einzelnen.

Entsprechend der Unterscheidung der Zwecke erfolgt die Unterscheidung der Vertragstypen:
Ist die Auswägung der besonderen Zwecke charakteristisch für den Austauschvertrag, bei dem sich die Parteien als Träger entgegengesetzter Interessen gegenüberstehen und ihre Leistungen im Hinblick auf eine Gegenleistung als Äquivalent für die eigene Leistung bewirken, so ist der gemeinsame Zweck charakteristisch für den Gesellschaftsvertrag durch vertragsmäßige Vereinigung der Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck, durch genossenschaftliches Zusammenwirken im Hinblick auf ein gemeinsames Ziel (ebenda, § 175; im Einzelfall kann zweifelhaft sein, ob ein Individualvertrag oder ob ein Gesellschaftsvertrag vorliegt. Bei der Entscheidung wird es darauf ankommen, ob die Gemeinschafts- oder die Austauschelemente überwiegen. Vgl. Frankfurter Kommentar, §1 Tz. 8)

Der Gesellschaftsvertrag selbst ist die Verpflichtung, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern. Besteht die Verpflichtung nicht, so besteht zumindest kein Gesellschaftsvertrag.⟶

Aus dem Blickwinkel der Schaffung einer auf Wettbewerb beruhenden freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialordnung ergibt sich die Berechtigung und der spezielle Zweck dieser Bekämpfung von Marktmacht aus folgender Überlegung:

Zur Erreichung des gemeinsamen, nicht bloß gleichartigen Zweckes werden, von den idealen Erfolgen abgesehen, Vorteile erstrebt, die der Gesamtheit der Gesellschafter und dadurch auch dem einzelnen Gesellschafter zugute kommen. (Reichsgerichtsrätekommentar, 10. Aufl., 2. Bd., § 705, Anm. 3).

Diese vertragliche Einigung will also nicht bloß schuldrechtliche Bindungen erzeugen, sondern die einzelnen Gesellschafter auch zu einer gemeinschaftlichen Wirtschaftsorganisation vereinen (Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch d. BGB, 2. Bd., 1954, § 175).

c. Da der §1 offen läßt, welchen gemeinsamen Zweck die Beteiligten erstreben müssen, haben sich insbes. hierzu verschiedene Ansichten herausgebildet. Um einige zu nennen:

Nach Müller-Henneberg kommt als Gegenstand des gemeinsamen Zweckes nicht jede angestrebte Zwischen- oder Folgewirkung, sondern nur das den Wettbewerb beschränkende Verhalten der Beteiligten in Betracht (Gem.K., 2. Aufl., S. 125).

Auch nach Ansicht des Frankfurter Kommentars muß der gemeinsame Zweck die Wettbewerbsbeschränkung erfassen (Frankfurter Kommentar, §1 Tz. 8).

(Das sie sich jedenfalls nicht auch auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse zu erstrecken braucht, stellte der BGH in seinem Urteil vom 26.10.1959 - "Gasglühkörper" - fest.)

Anderer Ansicht sind Baumbach-Hefermehl (Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., §1 Anm. 17) und W. Fikentscher (WuW 60, 680):

§1 verlange nicht, daß die Wettbewerbsbeschränkung gemeinsam verfolgt wird. Es genüge daher jeder kollektiv verfolgte wirtschaftliche Zweck.

Marktmacht und im Eigeninteresse nutzbare Freiheit am Markt sind in dem Sinne korrespondierend [1], daß Nichtbegrenzung von Marktmacht identisch mit Nichtbegrenzung von Freiheit ist. Macht bzw. Freiheit kann aus dem Gedanken der Rule of Law - der in unserem Grundgesetz vor allem in Art. 3 GG einen Niederschlag gefunden haben dürfte [2] - politisch nur legitimiert werden, wenn sie kontrolliert und gegen exzessives Wachsen begrenzt wird. Grundsätzlich sind Freiheit und Marktmacht - wie oben (vgl. S. 302 ff) gezeigt - mit dem wettbewerblichen Prozeß vereinbar. Der wettbewerbliche Prozeß als System nicht-autoritärer sozialer Kontrollen (vgl. S.288, Fußnote 1) benötigt und begrenzt Freiheit und Marktmacht in vielfältiger Weise. Von ihm benötigte und durch ihn kontrollierte Freiheit und Marktmacht erhält von ihm her ihre politische Legitimation.
Anders steht es jedoch, wenn Freiheit und Marktmacht benutzt werden, um sich den wettbewerblichen Kontrollen zu entziehen, die im Wettbewerb verankerten Begrenzungen zu durchbrechen, den wettbewerblichen Prozeß für sich auszuschalten. Hier entfällt nicht nur die politische Legitimation durch den Prozeß, ein solcher Gebrauch von Freiheit und Marktmacht widerspricht auch der Idee der Schaffung einer auf Wettbewerb beruhenden freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialordnung.

---

1) Hoppmann, E., Zum Problem... a.a.O., S.16; man vgl. auch S.307, Fußnote 1 u. Arbeit.

2) H.v. Mangoldt weist z.B. darauf hin, daß bei der Abfassung des Art. 3 GG auf US-Rechtsideen zurückgegriffen wurde (Das Bonner Grundgesetz, Berlin-Frankfurt 1953, S. 51), die sich vom Common Law herleiten:

"Verfolgt man in der Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten die Entwicklung des Gleichheitssatzes, so... ist... Gleichheit vor dem Gesetz eine alte Forderung, die im common law schon vor ihrer positiv-rechtlichen Festlegung einen Platz gefunden hat." (Rechtsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika, Essen 1938, S. 191).

Aus diesem Grunde ist er zu bekämpfen, was praktisch - gem. dem neoklassischen Konzept - bedeutet, daß den Marktteilnehmern gewisse individuelle Freiheiten entzogen werden müssen. Um dabei die individuelle Freiheit und damit die individuelle Marktmacht nicht übermäßig einzuengen, ist u.A. nach ihre Beschneidung nur dort angebracht, wo sie den Wettbewerb in seinen Grundsachverhalten bedroht. Das ist nach unserer Überzeugung bei einer Preisabsprache im Parallelprozeß nur dann der Fall, wenn durch sie der Austauschprozeß in Mitleidenschaft gezogen wird. Wesentlich für den wettbewerblichen Gesamtprozeß ist vor allem der Sachverhalt, daß ein Käufer, der mehrere Angebotsquellen, und ein Verkäufer, der eine beträchtliche Anzahl Kunden hat, gegen ungebührlichen im Austauschprozeß ausgeübten Druck eines potentiellen Geschäftspartners dadurch geschützt wird, daß er mit einem anderen abschließen kann. Gerade die Kenntnis um diesen Schutz ermutigt ihn, das zu fordern, was er möchte. Sie veranlaßt seine potentiellen Geschäftspartner, ihm ihre Vorschläge unter den Gesichtspunkten, die für das Geschäft maßgebend sein könnten, zu erklären usw. [1]

Im Schutz der Freiheit der Marktgegenseite, zwischen alternativen Angeboten wählen zu können, sehen wir deshalb den speziellen Schutzzweck des §1. Er möchte den wettbewerblichen Prozeß vor entsprechenden Vereinbarungen schützen.

III. Zur Auslegung: "... geeignet... die Marktverhältnisse... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen

a. Zum Inhalt von BW und BM

Für den vom neoklassischen Konzept erwünschten wettbewerblichen Prozeß sind beide Seiten eines Marktes

---

[1] Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S. 10.

und ihre wettbewerbsrelevanten Freiheiten gleichermaßen notwendig. Da auch der Schutzbereich des §1 die Freiheiten beider Marktseiten einbeziehen soll (vgl. die vorhergehende Seite), kann man hier zwei verschiedene Arten von Freiheits- und damit Wettbewerbsbeschränkungen unterscheiden:

1. Sofern die zum wettbewerblichen Parallelprozeß zu rechnenden Freiheiten reduziert oder ausgeschlossen werden, ist der Wettbewerb im Parallelprozess beschränkt.

2. Wenn die Wahlfreiheit der Marktgegenseite reduziert oder ausgeschlossen wird, ist der Wettbewerb im Austauschprozeß beschränkt.

Beide Beschränkungen lassen sich - wie der Wortsinn des §1 erfordert - in dem Zusammenhang sehen, daß sich aus der Absprache die Beschränkung des Wettbewerbs im Parallelprozeß und daraus wieder die Beschränkung des Wettbewerbs im Austauschprozeß ergibt. Formale Schwierigkeiten sind deshalb bei der Interpretation des §1 gem. dem neoklassischen Konzept nicht vorhanden, sofern man den Inhalt der BW mit der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit im Parallelprozeß identifiziert [1]

---

[1] Das entspricht auch der Auslegung des Tatbestandselementes durch die Exekutive. Mit der Auslegung des Tatbestandselementes BW in §1 hat sich auf seiten der Exekutive bisher fast ausschließlich das BKartA befaßt. Seine Auslegung blieb bisher vom Kammergericht und vom BGH unbestritten. Die von den einzelnen Abteilungen des BKartA dem Tatbestandselement BW subsumierten Sachverhalte sind ausschließlich Beschränkungen solcher Freiheiten, die nach neoklassischer Auffassung im Parallelprozeß relevant sind.

und den Inhalt der BM mit der Beschränkung der Wahlfreiheit der Marktgegenseite [1] gleichsetzt.

b. Zum Verhältnis von Vertrag (bzw. Beschluß) und BW

Die Gegenstandstheorie bestimmt heute allgemein das Vorgehen der Exekutive. [2] Der Grund dafür mag in der grundsätzlichen Stellungnahme des 21. Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik zu suchen sein

---

1) Auch hier herrscht Übereinstimmung mit der Exekutive: Zum Beweis sei verwiesen auf:

Anmerkung v. W. Benisch zum Beschluß d. BGH v. 14. Jan. 1960 ("Kohlenplatzhandel"), in: WuW/E BGH 374:

Für die Marktbeeinflussung "kommt es... darauf an, ob die Kunden ohne Schwierigkeiten ihren Bedarf bei Lieferanten decken können, die an einer Wettbewerbsbeschränkung nicht beteiligt sind."

Urteil d. BGH v. 1. Juli 1964 ("Flußspat"), in: WuW/E BGH 611:

"... wenn dem Angebot des... Flußspats auf dem Flußspatmarkt kein gleichwertiges Angebot von Flußspat anderer Herkunft gegenüberstände, wenn also die Abnehmer ohne Ausweichmöglichkeiten auf die Bedingungen angewiesen wären, unter denen ihnen gerade Flußspat aus den N. Vorkommen angeboten wird. Umstände, die in dem hier dargelegten Sinne auf eine Marktbeeinflussung schließen lassen könnten, sind indessen nicht ersichtlich."

Beschluß des BGH v. 27. Jan. 1966 ("Klinker"), in WuW/E BGH 731:

"Durch die Wettbewerbsbeschränkung... werden die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten verringert, zwischen unterschiedlichen Angeboten zu wählen."

2) Pickel, W., Aktuelles und Grundsätzliches zur Wirksamkeit des Kartellverbots, DB 1968, 297.

(vgl. o. S. 126, Fußnote 2), an die sich die Exekutive frei nach der allgemeinen Regel, daß

> "the government... the source of our commercial laws and of our broader and more self-conscious economic decisions" [1]

ist, gehalten hat. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat die Gegenstandstheorie allerdings bisher keinen Niederschlag gefunden [2], offenbar deshalb, weil der BGH mehr der Folgetheorie zuzuneigen scheint. [3]

Für die Gegenstandstheorie spricht vor allem ihre leichte Handhabung sowie anscheinend die Tatsache, der sie weitgehend ihre Entstehung und Durchsetzung verdankt, daß nämlich Genossenschaften dem §1 nicht unterliegen, solange von ihnen die Wettbewerbsfreiheit der Genossen - etwa durch Andienungspflichten usw. - nicht mit vertraglicher Verpflichtung beschränkt ist.

---

1) Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S. 1.

2) Pickel, W., ...a.a.O., S. 297.

3) Im Urteil d. BGH v. 6.12.1962 ("Kino") wird z.B. ausgeführt:

> "Für die Anwendung des §1 GWB kann es keinen Unterschied ausmachen, ob die Wettbewerbsbeschränkungen in einem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich aufgenommen sind oder ob sie ohne besondere Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag mit Rücksicht auf die dahingehenden gemeinsamen Vorstellungen der Gesellschafter Geltung beanspruchen." WuW/E BGH 522.
>
> Es genügt also offenbar, daß der Vertrag im Hinblick auf die gegebenen Vorstellungen der Gesellschafter die BW zur Folge hat.

Gegen die Gegenstandstheorie spricht die zunehmend durch wirtschaftspolitische Erfahrungen [1] gefestigte These, daß Beschränkungen der im Parallelprozeß relevanten Wettbewerbsfreiheiten einer vertraglichen Verpflichtung zur Unterlassung von Wettbewerbshandlungen nicht bedürfen. Praktisch bedeutet das schon eine beim Test auf BW einsetzende Verengung des Anwendungsbereiches des §1, so daß der dem § von uns zuerkannte Schutz der Freiheit im Austauschprozeß vor den Auswirkungen von Freiheitsbeschränkungen im Parallelprozeß nicht gewährleistet erscheint. Als Beispiel für eine derartige Verengung des Anwendungsbereiches des § kann auf das Problem der Open-Price-Systeme [2] zurückgegriffen werden:

Durch ein Open-Price-System werden Unternehmen verpflichtet, Wettbewerbshandlungen, insbes. Preisunterbietungen, unverzüglich ihren Wettbewerbern mitzuteilen. Der offensichtliche Grund für ein solches System liegt darin, daß sich mit seiner Hilfe die Konkurrenten vor allem schneller über ihre gegenseitigen Vorstöße im Wettbewerb informieren können als ohne das System. Auf diese Weise wird es jedoch den einzelnen Wettbewerbern möglich, z.B. Preisvorstöße eines Konkurrenten - die wohl i.d. Regel darauf abzielen, über eine Vergrößerung des Marktanteils zu größerer im Eigeninteresse nutzbarer ökonomischer Marktmacht zu gelangen - schneller und gezielter mit eigenen Aktionen zu beantworten.

---

1) Man vgl. z.B. die Ausführungen von W. Pickel über die Zementsyndikate, a.a.O., S. 295 ff.

2) Zum "neueren" Schrifttum hierzu vgl. man Hoppmann, E., Preismeldestellen: Kartelle oder Marktstatistik, in: WRP 1966, S. 300 ff.

Dadurch wird dem vorstoßenden Wettbewerb viel von seinem ökonomischen Reiz genommen, insbes. deshalb, weil bei einem für die Konkurrenten sofort erkennbaren Vorstoß die Gefahr sehr groß ist, daß nach der zu erwartenden Reaktion der Mitbewerber am Markt die gleichen Umsatzverhältnisse zu niedrigeren Preisen vorherrschen. Deswegen verwundert es auch nicht, daß

> "programs of price filing are... usually designed to maintain a relatively high and stable price level within the industry." [1]

Der Grund hierfür liegt in der offensichtlichen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit im Parallelprozeß. Sie ergibt sich deshalb einleuchtend aus der vertraglichen Verpflichtung über das Medium einer Beschränkung der Entscheidungsfreiheit [2], weil durch einen von der Meldepflicht erfaßten vorstoßenden Wett-

---

1) Edwards, C.D., Maintaining... a.a.O., S. 26.

2) "Man pflegt eine doppelte Freiheit zu unterscheiden, eine äußere und eine innere: 'Die erstere bedeutet das Freisein von äußerem Zwang. Frei in diesem Sinne bin ich, wenn ich an der Ausführung meiner Entschlüsse durch nichts gehindert werde. Diese Freiheit ist somit eine Freiheit des Handelns. Wesentlich davon verschieden ist die innere Freiheit. Sie betrifft nicht die Ausführung meines Willensentschlusses, sondern sein Zustandekommen. Sie ist nicht Freiheit des (äußeren) Handelns, sondern des (inneren) Wollens. Sie besteht darin, daß der Mensch in seinem Wollen nicht bestimmt wird, sondern sich selbst bestimmt. Diese Freiheit bedeutet also Selbstbestimmung. Frei in diesem Sinne bin ich, wenn ich beim Zustandekommen meines Willensaktes... mich so oder so entscheiden kann.' Diese beiden Freiheiten sind geeignete Ansatzpunkte für wettbewerbspolitische Maßnahmen."

Hoppmann, E., Zum Problem... a.a.O., S. 33/34.

bewerb eher wirtschaftliche Verluste als Vorteile erwartet werden können. Der Gegenstandstheorie zufolge ist diese Beschränkung jedoch für §1 nicht relevant, weil die am Open-Price-System Beteiligten nicht vertraglich zur Unterlassung vorstoßender Wettbewerbshandlungen verpflichtet sind.[1] Würde die Gegenstandstheorie somit die Auslegung des §1 nach neoklassischem Konzept bestimmen, müßte diese eine Einschränkung erfahren, die dem Schutzgedanken des Konzepts - die sich auch auf relevante Entscheidungsfreiheiten erstrecken - widerspricht. Das schon deshalb, weil vom Konzept her die Handlungsfreiheiten aller am Parallelprozeß Beteiligten in den Schutz mit einbezogen werden, also auch die der nicht an einem Kartellvertrag beteiligten Außenseiter. Ihre Handlungsfreiheit kann jedoch durch den Kartellvertrag nur über die Brücke der Beschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit eingeengt werden. Sofern eine solche Einschränkung vorliegt, ist auch unter dem Aspekt der Kartellaußenseiter der Wettbewerb im Parallelprozeß beschränkt. Aus diesen Gründen ist dem neoklassischen Konzept die Folgetheorie adäquater als die Gegenstands - theorie.

Die bei der Praktizierung der Folgetheorie unter neoklassischem Konzept auftauchenden technischen Schwierigkeiten ließen sich sicherlich mit erprobten Instrumenten überwinden: Gemäß den Vorschlägen von Merle, Markert und Pickel [2] könnte die vertragliche Rechtspflicht als Ausgangsbasis für den Test auf BW ihre

---

1) A. M. als die herrschende: Hoppmann, E., Das open-price-System und §1 GWB, in: WRP 1966, Heft 1.

2) Man vgl. dazu Pickel, W.,...a.a.O., S. 297, Hinweise auf die entsprechenden Vorschläge v. Merle und Markert finden sich ebenda.

Bedeutung insofern behalten [1], als bei ihr ansetzend nach ihren Folgen im Hinblick auf relevante Freiheitsbeschränkungen im Parallelprozeß gefragt werden kann. Dabei könnte auf die Erfahrungen mit der Rule of Reason in Sec. 1 Sherman Act zurückgegriffen werden, mit der eine ähnliche Fragestellung bewältigt wird (vgl. o. S. 282 ff).

Schließlich bleibt noch die Beschäftigung mit der Frage, was mit den Genossenschaften bei einem nach der Folgetheorie interpretierten §1 geschehen soll. Da dieses Problem zu komplex ist, um hier in extenso diskutiert zu werden, sei hier nur eine grundsätzliche Lösungsmöglichkeit aufgezeigt.

Nach unserer Ansicht verdankt dieses Problem seine Entstehung zum großen Teil der Tatsache, daß sich das GWB simplifizierend an die Träger des wettbewerblichen Prozesses wendet, indem es nur von "Unternehmen" spricht. Die unternehmerische Rechtsform und die sich typisch aus ihr für die Unternehmensführung ergebenden Probleme hinsichtlich Willensbildung, Bildung von Reserven, Prüfungspflichten usw., von denen entscheidend abhängt, welche unternehmerischen Aufgaben wie bewältigt werden können, interessieren das Gesetz nicht. Gerade in dieser Hinsicht zeigen sich

---

[1] Nach der Überzeugung von C.D. Edwards kann eine private Ordnung wettbewerblicher Verhältnisse heutzutage allgemein nur vertraglich unter Festlegung v. Rechten und Pflichten erfolgen, denn:

"Only simple understandings can be tacit, but simple understandings cannot be applied to such a range of phenomena unless means have been developed to create uniformity in most of the possible variables. The necessary basis for tacit collusion is explicit and detailed agreement upon terms of sales, marketing methods, the character of price structures and similar matters."

Maintaining... a.a.O., S. 32.

jedoch bei der Rechtsform "Genossenschaft" Eigenheiten, die sie dazu prädestinieren, im Wirtschaftsleben Funktionen zu übernehmen, zu denen sich andere Unternehmensformen nicht oder nicht im gleichen Ausmaß eignen. Sofern man sich einig ist, daß alle diese oder einige Funktionen davon wirtschafts-, sozial- oder sonstwie politisch erwünscht sind, bezieht die Rechtsform Genossenschaft aus ihrem Beitrag zur Erfüllung dieser Funktionen ihre grundsätzliche Rechtfertigung. Um diese Bedeutung der Genossenschaften rechtlich anzuerkennen, ist u.A. nach eine Ausnahmeregelung zu §1 angebrachter als ein Beharren auf der Gegenstandstheorie. Der Grund liegt darin, daß im letzteren Fall oft eine straffe Bindung der Genossen an die Genossenschaft nicht in dem Umfange möglich ist, wie zur Erfüllung der ihr zugedachten politischen Zwecke erforderlich sein mag.

c. Zum Verhältnis von BW und Eignung zur BM

Die Frage des Verhältnisses von BW und Eignung zur BM stellt sich - da wir streng zwischen Inhalt der BW und Inhalt der BM unterschieden haben (vgl. o.S. 237) - als Problem der Aussage von Wahrscheinlichkeiten hinsichtlich des Aufeinandereinwirkens der unter BW und BM subsumierbaren Sachverhalte. Konkreter: Besitzt jede unerwünschte Beschränkung der Freiheit im Parallelprozeß die rechtserhebliche Eignung zur Verminderung der Wahlfreiheit der reaktiven Marktseite oder nicht? Ist hier auf einen durch Intensitäts- bzw. Quantitätsmerkmale fixierten Schwellenwert zu verzichten (Rasch, vgl. o.S. 240) oder nicht (so vor allem der BGH, vgl. o.S. 241, Fußnote 11 e., dem die Literatur weitgehend folgt)?

Gemäß unseren obigen Ausführungen zum speziellen **Schutzzweck** des §1 (vgl. S. 342) soll das Gesetz nur dann Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit im Parallelprozeß tolerieren, wenn durch sie der Austauschprozeß nicht in der für den wettbewerblichen Gesamtprozeß ebenda beschriebenen wesentlichen Funktionsweise in Mitleidenschaft gezogen wird. Damit haben wir uns implizit schon gegen die Meinung Raschs entschieden, daß jede BW auch eine rechtserhebliche BM zur Folge hat, und für eine Formel, wie sie vor allem vom BGH vertreten wird. Der Kartellsenat des BGH hat in seinem "SPAR"-Urteil vom 7.6. 1962 [1] klargestellt, daß jede nach allgemeinwirtschaftlichen Erfahrungen spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten (Beschränkung der Alternativen der reaktiven Marktseite) geeignet sei, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. [2] Später

---

1) Vgl. WuW/E BGH 491.

2) Der Grund, der den Kartellsenat bewog, "Spürbarkeit" zu verlangen, liegt nicht - wie man vermuten könnte - in dem Bemühen, die Exekutive nicht mit Bagatellfällen zu überlasten. Das könnte sicherlich mit Hilfe der §§ 81 Abs. II und 82 Abs. V genau so gut erreicht werden. Er ergibt sich vielmehr aus dem in § 38 Abs. II S. 2 geregelten Umgehungstatbestand des §1. Für diesen Rechtssatz - der einen ex post Test verlangt - hat der BGH im "Kohlenplatzhandel" entschieden, daß es für die Ordnungswidrigkeit einer in diesem Zusammenhang relevanten Empfehlung darauf ankomme, ob die Kunden ohne Schwierigkeiten ihren Bedarf bei Lieferanten decken können, die an der Wettbewerbsbeschränkung nicht beteiligt sind (WuW/E BGH 373).

Benisch erklärt die Bedeutung dieser Auslegung für §1 - der eine ex ante Entscheidung verlangt - wie folgt:

"Wenn nach Auffassung des BGH unter § 38 Abs. 2 S. 2 zu prüfen ist, ob die Kunden ohne Schwierigkeiten tatsächlich ausweichen können, ...→

hat er an dieser Auffassung festgehalten [1], wobei er die Schwelle, von der ab eine Beschränkung der Alternativen spürbar bzw. nicht mehr spürbar sein soll, präzisiert hat:

> "Von einer lediglich theoretischen Einwirkung auf die Marktverhältnisse durch eine Wettbewerbsbeschränkung kann nur dann gesprochen werden, wenn die Abnehmer ohne Schwierigkeiten auf im wesentliche gleichgeartete Warenangebote ausweichen können..." [2]

Dabei ist in jedem Fall über diese Frage

> "unter sorgfältiger Berücksichtigung und Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände" [3]

neu zu entscheiden. Daß diese Entscheidungen im Rahmen des §1 ex ante getroffen werden müssen, bedeutet eine besondere Schwierigkeit, die nur durch eine Art rule of reason zwischen BW und BM zu überbrücken ist. [4]

---

so ist bei einer Wettbewerbsbeschränkung nach §1 zu untersuchen, ob sie geeignet ist, einer anderweitigen Bedarfsdeckung der Kunden Schwierigkeiten zu bereiten. Dieser Schluß ergibt sich daraus, daß die Auslegung des Begriffsmerkmals "Marktbeeinflussung" im Rahmen des Umgehungsverbotes keine andere sein kann als die im Rahmen der umgangenen Vorschrift."

WuW/E BGH 374.

1) Urteil d. BGH v. 1.7.1964 ("Flußspat"), in: WuW/E BGH 611;

Beschluß d. BGH v. 27.1.1966 ("Klinker"), in: WuW/E BGH 730.

2) WuW/E BGH 731.

3) WuW/E BGH 730.

4) "Mit der Annahme der elastischen Formel von der Spürbarkeit der Beeinflussung hat man sich gleichzeitig gegen den Versuch ausgesprochen, mit Hilfe einer ⟶

Ex post sind die Zusammenhänge im allgemeinen leichter zu erfassen. Deshalb kommt Langen nach Überlegungen zur "Spürbarkeit" unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu dem Vorschlag:

> "Es scheint... für das Kartellrecht zweckmäßiger, sich damit zu begnügen, daß eine spürbare Veränderung der Marktverhältnisse eingetreten sein muß." [1]

Dieser Vorschlag, der nach Ansicht Langens die "gegenwärtig überwiegende Meinung" [2] darstellt, beweist die Gefährlichkeit einer falsch aufgefaßten Spürbarkeitsregel für die Konzeption des §1. Die Kartellparagraphen des GWB sind als Verbot mit Erlaubnisvorbehalten konzipiert. [3] Als Verbot deshalb, weil man an maßgeblicher Stelle die Überzeugung vertrat, daß das als Alternative debattierte Mißbrauchsprinzip sich mit dem Schutz einer freien Marktwirtschaft nicht vereinbaren lasse. Ein Mißbrauch liege nicht erst im Handeln und Verhalten der Kartelle, sondern bereits in ihrer Existenz.

> Kasuistik schließlich doch noch zu irgend einer Art von prozentualer Festlegung der Beeinflussungsgrenzen zu gelangen. Der Quantitäts- und Intensitätsgrad der Marktbeeinflussung entzieht sich nach dieser Formel jedem Versuch einer mechanischen Festlegung."
>
> Langen, E., Kommentar zum Kartellgesetz, 1965, §1, Tz. 35.

1) Langen, E., ...a.a.O., §1, Tz. 34.

2) Ebenda.

3) Regierungsbegründung, C, zu §1; vgl. Gem.K., 1. Aufl., S. 1074.

Er beruhe darauf, daß mit der Einrichtung des Kartells der Wettbewerb eingeschränkt oder unterbunden, mit der Preisbindung die volkswirtschaftliche Funktion des Preises außer Kraft gesetzt und die Volkswirtschaft ihres unentbehrlichen Steuerungsmittels beraubt werde. [1] Diese Auffassung, der nur ein präventiver Schutz vor der Existenz der Kartelle entspricht, hat im Gesetz insbes. dadurch ihren Ausdruck gefunden, daß nach dem Text des §1 Kartellabsprachen rechtlich unwirksam sind und eine Nichtbefolgung der Unwirksamkeit durch §38 Abs. I Nr. 1 als Ordnungswidrigkeit geahndet wird.
Wollte man hingegen dem Vorschlag von Langen folgen, müßten Kartelle erst einmal faktisch existent sein, damit man überhaupt testen kann, ob eine spürbare Veränderung der Marktverhältnisse eingetreten sein muß. Damit würde letztlich eine Mutation der Gesetzeskonzeption von einer Verbots- zu einer Mißbrauchsgesetzgebung vollzogen. Kartelle, die von ihrer Marktmacht nur so dosiert Gebrauch machen, daß eine Beschränkung der Alternativen nie "spürbar" wird, würden vom §1 nicht erreicht. Bei der ex ante Anwendung der Spürbarkeitsregel ist das gefällte Urteil hingegen nur den hypothetischen Erwägungen des Beurteilenden über die möglichen Auswirkungen einer zukünftig praktizierten BW im Hinblick auf die BM unterworfen und damit dem aktuellen Verhalten der potentiellen Kartellmitglieder prinzipiell entzogen.

---

1) Erhard, L., Die Ziele des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Rede in der Sitzung des Deutschen Bundestages am 24. 3.1955, in: Deutsche Wirtschaftspolitik, Düsseldorf-Wien-Frankfurt 1962, S. 269/270.

C. Ergebnis

Mit der Stellungnahme zum letzten Problemkreis sind wir am Ende unserer Untersuchung. Gemäß unserer Zielsetzung (vgl.o.S. 5 u. 12) haben wir anhand des §1 die Frage untersucht, wie die wissenschaftliche Literatur den Auftrag, sich zur Auslegung wettbewerbsbezogener Tatbestände auf volkswirtschaftliches Gebiet zu begeben, nachgekommen ist (erster Teil) und welche Gemeinsamkeiten bei den untersuchten Auffassungen bestehen (zweiter Teil). Wir haben gezeigt, welchen volkswirtschaftlichen Innalt man auf welche Weise dem §1 und seinen wichtigsten Tatbestandselementen u.A. nach zumessen sollte (dritter Teil).

Im Ergebnis läßt sich zusammenfassen:

1. Der Inhalt der "volkswirtschaftlichen" Tatbestandselemente wird von den einzelnen Autoren nach unterschiedlichen "leitenden" Gedanken bemessen (S. 242 ff).

2. Trotz großer Heterogenität der einzelnen Konzepte lassen sich typische Problemkreise und Meinungen unterscheiden (S. 206 ff).

3. Die eigene Bemessung des volkswirtschaftlichen Inhalts von §1 vollzieht sich unter Zugrundelegung der Regierungsbegründung und der volkswirtschaftlichen Literatur (S. 245 ff).
   Danach ist als Schutzobjekt des GWB der freie wettbewerbliche Prozeß am Markt anzusehen (S. 327).
   Der freie wettbewerbliche Prozeß wird mit Hilfe der Freiheit indirekt erfaßt (S. 328 ff) und negativ definiert (S. 331 ff).

Spezielles Schutzobjekt des §1 ist die Freiheit der reaktiven Marktseite, zwischen alternativen Angeboten wählen zu können (S. 343).
Inhalt der BW ist eine Verletzung wettbewerbsrelevanter Freiheiten im Parallelprozeß durch Absprache (Vertrag, Beschluß), Inhalt der BM eine Verminderung der Wahlfreiheit der reaktiven Marktseite (S. 344, 345).
Für das Verhältnis von Vertrag und BW ist die Folgetheorie (S. 349), für das Verhältnis von BW und BM eine Beziehung im Sinne der Folgetheorie relevant (S. 352).

Literaturverzeichnis

Bücher und Dissertationen

Abbott, L., Qualität und Wettbewerb, München 1958.

Albert, H., Soziologische Texte. Marktsoziologie und Entscheidungslogik. Ökonomische Probleme in soziologischer Perspektive, Neuwied-Berlin 1967.

Ammon, A., Grundzüge der theoretischen Nationalökonomie, Bern 1948.

Arbeitskreis Kartellrecht (Hrsg.), Arbeitsunterlage der Tagung v. 28. u. 29. Oktober 1965 in Berlin.

Arndt, H., Mikroökonomische Theorie, Bd. II, Tübingen 1966.

Baumbach, A., Hefermehl, W., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München-Berlin 1960.

Baumbach, A., Hefermehl, W., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Wettbewerbsrecht (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze), 9. Aufl., München-Berlin 1964.

Baumgarten, A., Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern 1939.

Becker, H.P., Die soziale Frage im Neoliberalismus, Heidelberg-Löwen 1965.

Böhler, E., Grundlehren der Nationalökonomie, Bern 1948.

Böhler, E., Nationalökonomie, Zürich 1960.

Borchardt, K., Fikentscher, W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung. Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, Beihefte der "Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht", 24. Heft, Stuttgart 1957.

Brinkmann, C., Wirtschaftstheorie, Göttingen 1948.

Brugger, G., Wechselbeziehungen zwischen Staatsordnung, Rechtsordnung und Wirtschaftsordnung. (Eine theoretische Untersuchung zur Frage der Interdependenz der Sozialordnungen), (rechtswiss. Diss.), München 1955.

Bülow, F., Volkswirtschaftslehre, Berlin-Frankfurt 1957.

Carell, E., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 9. Aufl., Heidelberg 1961.

Carell, E., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 12. Aufl., Heidelberg 1966.

Clark, J.M., Freiheit und Sicherheit, Frankfurt-Wien 1954.

Clark, J.M., Competition as a Dynamic Process, Washington (Brookings Institution) 1963.

Department of Justice (Hrsg.), Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, Washington (US-Government Printing Office) 1955.

Deppe, H., Genossenschaften des Lebensmittelhandels und Kartellverbot, Karlsruhe 1967.

Dirlam, J.B., Kahn, A.E., Fair Competition. The Law and Economics of Antitrust Policy, Ithaca, New York (Cornell University Press) 1954.

Edwards, C.D., Big Business and the Policy of Competition, Cleveland (Western Reserve University Press) 1956.

Edwards, C.D., Maintaining Competition, New York-Toronto-London (McGraw-Hill Book Company) 1964.

Eichler, H., Hoppmann, E., Schäfer, E., Exportkartelle und Wettbewerb, Köln-Opladen 1964.

Enneccerus, L., Lehmann, H., Recht der Schuldverhältnisse , Bd. 2, Tübingen 1954.

Erhard, L., Deutsche Wirtschaftspolitik. Der Weg der Sozialen Marktwirtschaft, Düsseldorf-Wien-Frankfurt 1962.

Esser, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

Eucken, W., Nationalökonomie wozu?, Godesberg 1947.

Eucken, W., Die Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Aufl., Godesberg 1947.

Eucken, W., Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1950.

Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen-Zürich 1955.

Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München-Berlin 1958.

Galbraith, J.K., Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte, Stuttgart-Wien-Zürich 1956.

Germann, O.A., Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950.

Giersch, H., Allgemeine Wirtschaftspolitik, Bd. I, Wiesbaden 1960.

Griffin, C.E., Enterprise in a Free Society, Chicago (Richard D. Irwin) 1949.

Griffin, C.E., An Economic Approach to Antitrust Problems, New York (American Enterprise Association) 1951.

Grimm, J., Grimm, W., Deutsches Wörterbuch, Bd. XIV, Abt. I, Teil 2., Leipzig 1960.

Güntner, E., Der relevante Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960.

Gutenberg, E., Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1962.

Gutmann, G., Hochstrate, H.J., Schlüter, R., Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1964.

Hale, G.E., Hale, R.D., Market Power Size and Shape under the Sherman Act, Boston-Toronto (Little, Brown & Co.) 1958.

Hättich, M., Demokratie als Herrschaftsordnung, Köln-Opladen 1967.

Hayek, F.A., Individualism and Economic Order, London (Routledge & Kegan Paul) 1949.

Henkel, H., Einführung in die Rechtsphilosophie, München-Berlin 1964.

Hensel, K.P., Marktwirtschaft. Wirtschaftsordnungen bürgerlicher Planung, Hannover 1965.

Hessen, J., Lehrbuch der Philosophie, Bd. II, München-Basel 1959.

Hessen, J., Lehrbuch der Philosophie, Bd. III, München-Basel 1962.

Heuss, E., Allgemeine Markttheorie, Tübingen-Zürich 1965.

Hogue, A.R., Origins of the Common Law, Bloomington-London (Indiana University Press) 1966.

Hoppmann, E., Die Periodenanalyse als Theorie der volkswirtschaftlichen Dynamik, Berlin 1956.

Institut für Genossenschaftswesen an der Universität Münster (Hrsg.), Genossenschaften und "Kartellgesetz"-Entwurf (Gutachten), Münster 1953.

Jevons, W.S., Die Theorie der Politischen Ökonomie, Jena 1923.

Jöhr, W.A., Singer, H.W., Die Nationalökonomie im Dienst der Wirtschaftspolitik, Göttingen 1957.

Joliet, R., The Rule of Reason in Antitrust Law, La Haye (Collection scientifique de la faculté de droit de l'université de Liegè, no. 26) 1967.

Kaysen, C., Turner, D.F., Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis, Cambridge (Harvard University Press) 1959.

Kaufer, E., Das Konzept des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik (wirtschaftswiss. Diss.), Marburg 1965.

Kaufmann, H., v. Hahn, H., Kreifels, M., Lehmann, J., Rauttmann, H.G., Hoffmann, D., Frühauf, M., Erlinghagen, P. (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Frankfurter Kommentar), Köln (o.J.)

Knöpfle, R., Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Kartellrundschau, Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrecht des In- und Auslandes, Köln-Berlin-Bonn-München 1966.

Kraus, O., Grundfragen der Wirtschaftsphilosophie, Berlin 1962.

Kummer, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960.

Langen, E., Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art 86 des EWG-Vertrages, Baden-Baden-Bonn 1959.

Langen, E., Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1965.

Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.

Lindahl, M.L., Carter, W.A., Corporate Concentration and Public Policy, Englewood Cliffs (Prentice-Hall) 1959.

Leovinger, L., The Law of Free Enterprise, New York (Punk & Wagnalls Company) 1949.

Lukes, R., Der Kartellvertrag, München-Berlin 1959.

Mahr, A., Volkswirtschaftslehre, Wien 1959.

Mangoldt, v., H., Rechtsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika, Essen 1938.

Marx, K., Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf), Berlin (Ost) 1953.

Mason, E.S., Economic Concentration and the Monopoly Problem, Cambridge (Harvard University Press) 1957.

Meyer-Cording, U., Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954.

Miksch, L., Wettbewerb als Aufgabe, Godesberg 1947.

Mises, L., Liberalismus, Jena 1927.

Mizka, W., (Hrsg.), Trübner Deutsches Wörterbuch, Bd. 8, Berlin 1957.

Möller, H., Kalkulation, Absatzpolitik und Preisbildung, Wien 1941.

Müller-Armack, A., Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Freiburg i.Br. 1966.

Müller-Henneberg, H., Schwarz, G. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar), 1. Aufl., Köln-Berlin 1958; 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

Müller, H., Gries, G., Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1958.

Myrdal, G., Das politische Element in der nationalökonomischen Doktrinbildung, Berlin 1932.

Naumann, R., Theorie und Praxis des Neoliberalismus, Berlin 1957.

Neale, A.D., The Antirust Laws of the United States of America, Cambridge (University Press) 1960.

Nipperdey, H.C., Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.

Oxenfeldt, A.R., Economic Principles and Public Issues, New York (Holt, Rinehardt & Winston) 1960.

Pesch, H., Lehrbuch der Nationalökonomie, Bd. III, Freiburg i.Br. 1913.

Rasch, H., Wettbewerbsbeschränkungen. Kartell- und Monopolrecht. Kommentar, Berlin 1957.

Reichsgerichtsrätekommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. II, 10. Aufl., Berlin 1953.

Reisser, H.L., Zum Begriff des Preiswettbewerbs, (wirtschaftswiss. Diss.), Kiel 1959.

Robbins, L., The Theory of Economic Policy, London (Macmillan & Co.) 1953.

Röper, B., Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 6, Berlin 1952.

Röpke, W., Die Lehre von der Wirtschaft, Erlenbach-Zürich 1965.

Sandrock, O., Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, München 1968.

Sauter, H., Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, (rechtswiss. Diss.) Mainz 1964.

Schmölders, G. (Hrsg.), Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Berlin 1942.

Schneider, E., Einführung in die Wirtschaftstheorie, Bd. II, Tübingen 1963.

Schulz, K.E., Zur Frage eines wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbskonzepts, (wirtschaftswiss. Diss.) Freiburg i.Br. 1965.

Schumpeter, J.A., Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 4. Aufl., München-Leipzig 1935.

Schumpeter, J.A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl., Bern 1950.

Smith, A., Eine Untersuchung über Natur und Wesen des Volkswohlstandes, Jena 1923.

Sölter, A., Das Rabattkartell, WuW-Schriftenreihe, Heft 3, Düsseldorf 1955.

Sölter, A., Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Düsseldorf 1960.

Sosnik, S.H., Contemporary Norms for Market Structure and Behavior: a Critical Appraisal, (wirtschaftswiss. Diss.) University of California 1950.

Stegemann, K., Wettbewerb und Harmonisierung im gemeinsamen Markt, (wirtschaftswiss. Diss.) Saarbrücken 1965.

Steindorff, E., Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1959.

Stocking, G.W., Workable Competition and Antitrust Policy, Nashville (Vanderbilt University Press) 1961.

U.S. Department of Commerce (Hrsg.), Effective Competition, Report to the Secretary of Commerce by his Business Advisory Council with a Letter of Comment from the Secretary of Commerce, Washington 1952.

Viehweg, T., Topik und Jurisprudenz, München 1953.

Weddingen, W., Theoretische Volkswirtschaftslehre, Meisenheim 1948.

Westermann, H., Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956.

Wygodzinski, W., Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Leipzig 1923.

Aufsätze aus Zeitschriften, Zeitungen und Sammelwerken

Andreae, W., Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, in: WuW 1953, 396 ff.

Axster, H., Das Oligopol im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: DB 1957, S. 937 ff.

Barnikel, H.H., Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in: WuW 1961, 246 ff.

Behrens, F.-S., Der Wettbewerbsbegriff des GWB, in: NJW 1958, S. 481 ff.

Benisch, W., Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, in: WuW 1960, S. 842 ff.

Benisch, W., Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: DB 1957, S. 789 ff.

Benisch, W., Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebs, in: WuW 1958, S. 269 ff.

Benisch, W., Einkaufsmacht und Kartellbegriff, in: WuW 1956, S. 480 ff.

Benisch, W., Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, in: WuW 1955, S. 421 ff.

Benisch, W., Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in: WuW 1961, S. 764 ff.

Benisch, W., Anmerkungen zum BGH Beschluß v. 14.1.1950, in: WuW/E BGH 374.

Benisch, W., Einkaufsverbände und Kartellgesetz, in: Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S. 231-280.

Benkendorff, G., Freie Berufe und Kartellgesetz, in: WuW 1956, S. 20 ff.

Benkendorff, G., Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in §1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen?, in: WRuP 1962, S. 146 ff.

Biedenkopf, K.H., Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Biedenkopf, Callmann, Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 11 ff.

Blake, H.M., Jones W.K., In Defense of Antitrust, in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, in: Columbia Law Review 1965, S. 377 ff.

Blake, H.M., Jones, W.K., Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy, in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, in: Columbia Law Review 1965, S. 422 ff.

Böhm, F., Die Idee des ORDO im Denken Walter Euckens, in: ORDO, Bd. III, 1950, S. XVLXIV.

Böhm, F., Das Kartellproblem, in: Schweizerische Zeitschrift für Nationalökonomie und Statistik 1951, S. 193.

Böhm, F., Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, in: WuW 1953, S. 178 ff.

Böhm, F., Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz, in: WuW 1956, S. 173 ff.

Bork, R.H., Contrasts in Antitrust Theory: I, in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, in: Columbia Law Review 1965, S. 401 ff.

Bork, R.H., Bowman, W.S., The Crisis in Antitrust, in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, in: Columbia Law Review 1965, S. 263 ff.

Bowman, W.S., Contrasts in Antitrust Theory: II, in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, in: Columbia Law Review 1965, S. 417 ff.

Brandt, K., Wie sollen Preise entstehen?, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 115 ff.

Brugger, G., Zur Auslegung des §1 GWB, in: WuW 1959, S. 467 ff.

Büntig, H., Zur Auslegung des Empfehlungsverbotes durch den Bundesgerichtshof, in: BB 1960, S. 384 f.

Carell, E., Zur Theorie der Wirtschaftswissenschaften, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 132, 1930, S. 161 ff.

Cartellieri, Buchbesprechung: Würdinger, H., Freiheit der persönlichen Entfaltung - Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: BB 1954, S. 384 ff.

Christl, A., Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung, in: BB 1960, S. 297 ff.

Clark, J.M., Competition: Static Models and Dynamic Aspects, in: AER, Vol. 45, 1955, S. 450 ff.

Coing, H., Buchbesprechung: Viehweg, T., Topik und Jurisprudenz, München 1953, in: Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie, Bd. 41, 1954/55, S. 436-444.

Coing, H., Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 41, 1954/55, S. 436 ff.

Deringer, A., Bundesgerichtshof zum Empfehlungsverbot, in: BB 1960, S. 343 ff.

Dörinkel, W., Zur kartellpolitischen Lage in der Bundesrepublik, in: WuW 1966, S. 933 ff.

Engisch, Buchbesprechung: Viehweg, T., Topik und Jurisprudenz, München 1953, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 69, 1957, S. 596-601.

Erhard, L., Kartellfrage. Zehn Thesen zur Verteidigung der Verbotsgesetzgebung, in: WuW 1953, S. 733 ff.

Eucken, W., Die soziale Frage, in: Stalin, E. (Hrsg.), Synopsis, Heidelberg 1948, S. 111-131.

Eucken, W., Das ordnungspolitische Problem, in: ORDO, Bd. I, 1948, S. 77 ff.

Eucken, W., Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: ORDO, Bd. II, 1949, S. 1-99.

Ewald, H., Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?, in: WuW 1956, S. 253 ff.

Fikentscher, W., Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, in: WuW 1960, S. 680 ff.

Fikentscher, W., Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945-1954, in: WuW 1955, S. 205 ff.

Fikentscher, W., Neure Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung §1 GWB, in: WuW 1961, S. 788.

Fikentscher, W., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, in: BB 1956, S. 793 ff.

Flume, W., Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, in: WuW 1956, S. 457 ff.

Frey, G., Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne des §1 GWB, in: WuW 1962, S. 17 ff.

Gabriel, L., Zum Begriff des "Preiswettbewerbs", in: MA 1958, S. 717 ff.

Gabriel, L., Zum Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung", in: MA 1960, S. 247 ff.

Gleiss, A., Buchbesprechung: Betrachtungen zu dem Problem Wettbewerb und Marktbeherrschung ausgelöst durch Meyer-Cordings "Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme", in: MDR 1954, S. 659 ff.

Griesbach, B., Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1962, S. 1011 ff.

Günther, E., Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1957, S. 721 ff.

Günther, E., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument der Mittelstandspolitik, in: WuW 1960, S. 159 ff.

Günther, E., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: GRUR 1958, S. 575 ff.

Günther, E., Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, in: MA 1957, S. 35 ff.

Günther, E., Zum Wettbewerbsbegriff des §1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: MA 1959, S. 269 ff.

Günther, E., Wettbewerb als europäische Aufgabe, in: MA 1960, S. 243 ff.

Günther, E., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, in: WuW 1960, S. 747 ff.

Günther, E., Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, in: WuW 1958, S. 397 ff.

Günther, E., Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, in: WuW 1957, S. 677.

Günther, E., Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik, in: MA 1961, S. 273 ff.

Günther, E., Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, in: WuW 1964, S. 111 ff.

Günther, E., Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln?, in: MA 1954, S. 346 ff.

Haberkorn, K., Zum Kartellbegriff des §1 GWB, in: GRUR 1960, S. 367 ff.

Hamann, A., Die ernährungswirtschaftlichen Marktordnungsentwürfe und das Grundgesetz, in: WuW 1965, S. 79 ff.

Hayek, v., F.A., Entstehung und Verfall des Rechtsstaatsideals, in: Hunold, A. (Hrsg.), Wirtschaft ohne Wunder, Erlenbach-Zürich 1953, S. 33 ff.

Hayek, v., F.A., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 11 ff.

Hellwig, F., Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, in: WuW 1959, S. 389 ff.

Henrichs, H., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, in: WuW 1967, S. 255 ff.

Hensel, K.P., Marktordnung, in: HDSW, Bd. 7, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 161-169.

Heuss, E., Zum heutigen Stand der Wettbewerbstheorie in Deutschland. Bemerkungen zur Untersuchung von E. Kantzenbach "Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs", in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 411 ff.

Hoppmann, E., Der volkswirtschaftliche Inhalt der Ausnahmeregelung für Exportkartelle im "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 11, 1960, S. 298-330.

Hoppmann, E., Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 179, 1966, S. 286 ff.

Hoppmann, E., Preismeldestellen und Wettbewerb, in: WuW 1966, S. 97 ff.

Hoppmann, E., Das open-price-System und §1 GWB. Bemerkungen zur Abhandlung mit dem gleichen Titel von **Dr. Heinrich Maul, WRP 1966.**

Hoppmann, E., Workable Competition (Funktionsfähiger Wettbewerb). Die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, Sonderdruck aus: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 102, 1966, Heft 7/8, S. 249 ff.

Hoppmann, E., Von der Preistheorie zur Wettbewerbstheorie, in: ORDO, Bd. XVII, 1966, S. 369 ff.

Hoppmann, E., Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik (Festschrift Theodor Wessels), Berlin 1967, S. 145-197.

Hoppmann, E., Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 77 ff.

Hoppmann, E., Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Berlin 1968, Bd.48, S. 9-49.

Jöhr, W.A., Die verschiedenen Varianten des Kollektivmonopols, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1951, S. 281 ff.

Kartte, W., Zur Auslegung des §1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, in: WuW 1963, S. 565 ff.

Kaskell, J., Überblick über das Antitrustrecht der USA, in: Müller-Henneberg, H., Schwarz, G. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar), 1. Aufl., Köln-Berlin 1958, S. 80-101.

Kaufer, E., Nochmals: Von der Preistheorie zur Wettbewerbstheorie, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 95 ff.

Klaue, S., Zwei Jahre Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 1960, S. 391 ff.

Knöpfle, R., Zum Wettbewerb im Sinne des §1 GWB, in: WuW 1962, S. 150 ff.

Koenigs, F., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, in: GRUR 1958, S. 589 ff.

Koenigs, F., Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: NJW 1961, S. 1041 ff.

Krahe, F., Kartellbegriff und Rechtssicherheit, in: WuW 1959, S. 615 ff.

Langen, E., Zum BGH-Urteil v. 26.10.1959 "Gasglühkörper", in: NJW 1960, S. 630 ff.

Lehmann, M., Neue Formen der Konkurrenz, in: MA 1960, S. 37 ff (auch im "Volkswirt", Sonderheft zur Jahreswende 1959/60).

Leo, H-C., Zum Begriff der Schutzvorschrift in §35 GWB, in: WuW 1959, S. 485 ff.

Lieberknecht, O., Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?, in: MA 1958, S. 231 ff.

Lieberknecht, O., Besprechung zum Beschluß des BGH vom 14.1.1960 (Hamburger Kohleneinzelhandel),in: GRUR 1960, S. 353 ff.

Loevinger, L., Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrustrecht, in: WuW 1964, S. 589 ff.

Lösenbeck, H.-D., Rohloff, A., Die Misere der Zensoren. Zehn Jahre Kartellgesetz - Neues Konzept gesucht, in: DV 1968, S. 16 ff.

Lutz, F.A., Aufgaben im Kampf um eine freiheitliche Wirtschaftsordnung, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 3 ff.

Machlup, F., Wettbewerb. (III) Wirtschaftstheoretische Betrachtung, in: HDSW, Bd. 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 36-49.

Machlup, F., Oligopol und Freiheit, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 35 ff.

Marbach, F., Das Kartellproblem in schweizerischer Sicht, in: Schweizerische Zeitschrift für Nationalökonomie und Statistik 1951, S. 214.

Marburg, T.F., Government and Business in Germany: Public Policy toward Cartels, in: The Business History Review 1964, Vol. XXXVIII, Number 1.

Merkel, R., Der Außenseiter einer lückenlosen Preisbindung und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: NJW 1961, S. 1751 ff.

Mestmäcker, E.-J., Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb (II. Teil), in: WuW 1957, S. 92 ff.

Mestmäcker, E.-J., Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Beckerath, E., Giersch, H. (Hrsg.), Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung, Berlin 1963, S. 305 ff.

Meyer-Cording, U., Die Grundbegriffe des Wettbewerbs, in: WuW 1962, S. 461 ff.

Meyer-Cording, U., Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München-Berlin 1965, S. 537-551.

Miksch, L., Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz, in: Schmölders, G. (Hrsg.), Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Berlin 1942, S. 99 ff.

Möhring, P., Wettbewerbsordnung und Kartellrecht I. Teil, in: WuW 1954, S. 387 ff.

Müller, H., Kartellverbot und Grundgesetz, in: WuW 1953, S. 734 ff.

Müller-Beilschmidt, K., "Wesentlicher Wettbewerb" im Kartellgesetz, in: MA 1958, S. 6 ff.

Müller-Henneberg, H., Zu den Begriffen "Kartell" und "Wettbewerbsbeschränkung", in: WuW 1963, S. 877 ff.

Neumann, E., Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht, in: WuW 1957, S. 562 ff.

Nipperdey, H.C., Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, in: WuW 1954, S. 211 ff.

Ohm, H., Buchbesprechung: Borchardt, A., und Fikentscher, W.,: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1959, S. 575 ff.

Ottel, F., Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik?, in: WuW 1953, S. 67 ff.

Ottel, F., Ein wirtschaftlicher Wettbewerbsbegriff, in: WuW 1964, S. 921 ff.

Phlips, L., Markttransparenz in Theorie und Wirklichkeit, in: WuW 1964, S. 205 ff.

Pickel, W., Aktuelles und Grundsätzliches zur Wirksamkeit des Kartellverbots, in: DB 1968, S. 295 ff.

Recktenwald, H.C., Zur Lehre von den Marktformen, in: Ott, A.E. (Hrsg.), Preistheorie, Köln-Berlin 1965, S. 67 ff.

Röper, B., Zur Problematik der Preis- und Qualitätslagen, in: WuW 1961, S. 827 ff.

Röpke, W., Wettbewerb. (II) Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung, in: HDSW, Bd. 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 29-36.

Ruge, D., Abgrenzung des gentlemen's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschluß, in: WuW 1963, S. 668 ff.

Sander, F., Die einfache Patentgemeinschaft im GWB, in: WuW 1959, S. 499 ff.

Schmidt, I., Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in §22 GWB und Art. 86 EWGV, in: WuW 1965, S. 453 ff.

Schmidt, I., Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, in: WuW 1966, S. 699 ff.

Schmidt, I., Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach §1 GWB, in: WuW 1964, S. 120 ff.

Schmidt, I., Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung, Teil I, in: WuW 1967, S. 635 ff, Teil II, in: WuW 1967, S. 777 ff.

Schmitz, W.G., Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, in: NJW 1961, S. 2089.

Schmitz, W., Um die künftige Gestaltung des österreichischen Kartellrechtes, in: WuW 1957, S. 695 ff.

Sölter, A., Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, in: MA 1961, S. 337 ff.

Sosnik, S.H., A Critique of Concepts of Workable Competition, in: QJE, Vol. LXXII, 1958, S. 380 ff.

Spengler, A., Betrachtungen zur Marktmacht im Handel in kartellrechtlicher Sicht, in: DB 1960, S. 903 ff.

Spengler, A., Einige Betrachtungen zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1958, in: WuW 1959, S. 609 ff.

Stegemann, K., Workable Competition nach zwanzig Jahren. Bemerkungen zu einem Buch von John Maurice Clark, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen 1964, S. 237-255.

Stigler, J.G., Die Wandlung des Oligopolrpblems, in: ORDO, Bd. XVIII, 1967, S. 65 ff.

Strickrodt, G., Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, in: WuW 1957, S. 75 ff.

Turner, D.F., Zur Anwendung des Antitrustrechts, in: WuW 1966, S. 218 ff.

Ulmer, P., "Wettbewerbsbeschränkende Absprachen" im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, in: WuW 1960, S. 163 ff.

Völp, F., Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, in: WuW 1956, S. 31 ff.

Wiese, v., L., Konkurrenz, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. V, 4. Aufl., Jena 1923, S. 825-833.

Willeke, R.J., Marktformen, in: HDSW, Bd. 7, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 136-147.

Willeke, F.U., Leistungswettbewerb und Leistungsprinzip, in: Der Betrieb in der Unternehmung (Festschrift für Wilhelm Rieger), Stuttgart 1963, S. 158 ff.

Würdinger, H., Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§70 Abs. 4 GWB), in: WuW 1958, S. 392 ff.

Würdinger, H., Schenkung als Werbemaßnahme, in: WuW 1955, S. 71 ff.

Würdinger, H., Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: WuW 1953, S. 721 ff.

Gesetze, Gesetzesmaterialien, Berichte von Kartellbehörden

Vorläufiger Bericht der deutschen Kommission zum Studium von Kartell- und Monopolfragen in den Vereinigten Staaten, Beilage zum Bundesanzeiger, Nr. 250 vom 29.12.1950.

Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Anlage 1 zu Drucksache 1158, in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1057 ff. und WuW, Jg. 1/2, Heft 6/7, April/ Mai 1952, S. 460 ff.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1955, Stenographische Berichte, 76. Sitzung am 24.3.1955, S. 4207 ff.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1955, Stenographische Berichte, 77. Sitzung am 31.3.1955, S. 4210 ff.

Änderungsvorschläge des Bundesrates vom 21. Mai 1954, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Anlage 2 zu Drucksache 1158, Bonn 1955, zitiert nach: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1129-1148.

Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Anlage 3 zu Drucksache 1158, in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1149 ff.

Böhm-Entwurf; im Deutschen Bundestag eingebrachter Antrag der Abg. Dr. Böhm, Frankfurt/Main, Dr. Dresbach, Ruf und Gen. betr. Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundestagsdrucksache 1269 vom 16.3.1955), in: WuW, Jg. 5, Heft 5, Mai 1955, S. 319-327.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1957, Stenographische Berichte, 222. Sitzung am 3.7.1957, S. 13132 ff.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1957, Stenographische Berichte, 223. Sitzung am 4.7.1957, S. 13245 ff.

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode zu Drucksache 3644, Bonn 1957, in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1194 ff.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957, in: BGBl. I, Nr. 41, v. 9. August 1957, S. 1081 ff.

Bericht der Bundesregierung über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache IV/617, Bonn 1962.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1958 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1000, Bonn 1959.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1959, sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1795, Bonn 1960.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734, Bonn 1961.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1961 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/378, Bonn 1962.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1962 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/1220, Bonn 1963.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1963 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/2370, Bonn 1964.

Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1965 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache II/2-61019-5375/66, Bonn 1966.

Entscheidungen, Beschlüsse, Briefe, Mitteilungen

Höchstrichterliche Rechtsprechung

1. Reichsgericht

Urteil v. 27.9.1927 (Getreidehandel), in: RGZ 118, 133.

Urteil v. 23.3.1936 (Schuhcreme), in: JW 1936, 2073.

Urteil v. 19.10.1937 (Persil), in: JW 1938, 117.

2. Bundesgerichtshof

Urteil v. 8.4.1952 (Bruchbänder), in: GRUR 1952, 582 ff.

Urteil v. 17.3.1953 (Fleisch), in: GRUR 1953, 293 ff.

Urteil v. 27.1.1956 (Freiburger Wochenbericht), in: BG HZ 19, 392.

Urteil v. 22.2.1957 (Suwa), in: BG HZ 23, 365.

Urteil v. 14.1.1960 (Kohlenplatzhandel), in: WuW/E BGH 369 ff.

Urteil v. 8.4.1960 (Kraftfahrzeugkennzeichen), in: NJW 1960, 1294.

Urteil v. 7.6.1962 (Spar), in: WuW/E BGH 486 ff.

Urteil v. 6.12.1962 (Kino), in: WuW/E BGH 522 ff.

Beschluß v. 24.10.1963 (Fensterglas IV), in: WuW/E BGH 586 ff.

Urteil v. 1.7.1964 (Flußspat), in: WuW/E BGH 605 ff.

Beschluß v. 27.1.1966 (Klinker), in: WuW/E BGH 726 ff.

Bundeskartellamt

1. Beschlußabteilung

Beschluß v. 27.10.1959 (Steinzeugsyndikat), in: WuW/E BKartA 80 ff.

Beschluß v. 14.12.1959 (Schuhbeschlag), in: WuW/E BKartA 114 ff.

Beschluß v. 21.3.1960 (Basaltsyndikat), in: WuW/E BKartA 163 ff.

Beschluß v. 25.4.1960 (Nordbayerische Basaltunion), in: WuW/E BKartA 192 ff.

Beschluß v. 20.7.1960 (Niedersächsische Kalkwerke), in: WuW/E BKartA 225 ff.

Beschluß v. 23.8.1960 (Terrazzo), in: WuW/E BKartA 242.

Beschluß v. 29.11.1961 (Süddeutsche Zementwerke), in: WuW/E BKartA 401 ff.

Beschluß v. 12.11.1962 (Westfälische Zementwerke I), in: WuW/E BKartA 549 ff.

Beschluß v. 14.11.1963 (Montanzement), in: WuW/E BKartA 773.

Beschluß v. 19.12.1963 (Zementvertrieb Berlin), in: WuW/E BKartA 787.

Beschluß v. 10.4.1964 (Teeverwertung), in: WuW/E BKartA 796.

2. Beschlußabteilung

Beschluß v. 23.4.1959 (Öfen), in: WuW/E BKartA 41 ff.

Beschluß v. 9.12.1959 (Kohleneinzelhandel), in: WuW/E BKartA 96 ff.

Beschluß v. 5.5.1960 (Eiserne Fässer und Gefäße), in: WuW/E BKartA 200 ff.

Beschluß v. 30.12.1960 (Ziehereien und Kaltwalzwerke), in: WuW/E BKartA 302 ff.

Beschluß v. 29.12.1960 (Textillohnveredelung), in: WuW/E BKartA 322 ff.

Beschluß v. 4.6.1963 (Fleurop), in: WuW/E BKartA 677 ff.

3. Beschlußabteilung

Beschluß v. 10.12.1959 (Kalisyndikat), in: WuW/E BKartA 104 ff.

Beschluß v. 22.2.1960 (Exportförderung), in: WuW/E BKartA 186 ff.

Beschluß v. 2.5.1960 (Buchenfaserholz), in: WuW/E BKartA 206 ff.

Beschluß v. 30.6.1960 (Thomasphosphat), in: WuW/E BKartA 313 ff.

Beschluß v. 10.11.1960 (Exportförderung II), in: WuW/E BKartA 265 ff.

Beschluß v. 30.1.1962 (Superphosphat), in: WuW/E BKartA 434 ff.

Beschluß v. 15.12.1960 (Ruhrstickstoff), in: WuW/E BKartA 341 ff.

Beschluß v. 17.5.1962 (Gesellschaftsreisen), in: WuW/E BKartA 491 ff.

Beschluß v. 14.5.1963 (Bleiweiß), in: WuW/E BKartA 668 ff.

Beschluß v. 16.7.1964 (PVC-Abflußrohre), in: WuW/E BKartA 858 ff.

4. Beschlußabteilung

Brief v. 20.2.1960 (Doppelstecker), in: WuW/E BKartA 145 ff.

Brief v. 6.4.1962 (Zeitschriftenverlage), in: WuW/E BKartA 482.

Brief v. 6.8.1962 (Gagenstoppabkommen), in: WuW/E BKartA 502 ff.

Mitteilung v. 15.7.1963 (Verwertungsgesellschaften), in: WuW/E BKartA 704 ff.

5. Beschlußabteilung

Beschluß v. 4.10.1962 (Langfräsmaschinen), in: WuW/E BKartA 517.

Beschluß v. 3.4.1963 (Armaturen), in: WuW/E BKartA 629.

Beschluß v. 20.8.1963 (Drehbänke), in: WuW/E BKartA 687.

Beschluß v. 16.6.1964 (Hydromechanik), in: WuW/E BKartA 846.

Beschluß v. 26.6.1964 (Vakuum-Technik), in: WuW/E BKartA 853 ff.

Einspruchsabteilung

(ab 1966: Beschlußabteilung "Martbeherrschung und Wettbewerbsregeln")

Beschluß v. 9.5.1959 (Vereinigte Buchprüfer), in: WuW/E BKartA 50 ff.

Beschluß v. 22.12.1960 (Fensterglas), in: WuW/E BKartA 281 ff.

Beschluß v. 30.12.1963 (Kfz-Handel), in: WuW/E BKartA 766.

Einspruchsentscheidung v. 16.11.1965 (Zementkontor Unterelbe), in: WuW/E BKartA 1011 ff.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....S. 1

A. Volkswirtschaftlich orientierte Interpretation als Auftrag.....S. 1

B. Fragestellung.....S. 5

Erster Teil: Darstellung.....S. 12

A. Die Vorstellungen Benischs (1956).....S. 13

I. Die Orientierung am "Zweck" des Gesetzes.....S. 16

II. Zu den für eine Qualifizierung der BW zur WbV besonders relevanten Tatbestandselementen.....S. 18

a. Zu den Verträgen.....S. 19

b. Die Eignung des Vertrages zur BW.....S. 20

c. Die Eignung der BW zur Beeinflussung der Marktverhältnisse.....S. 22

III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 23

B. Die Vorstellungen Ewalds (1956).....S. 24

I. Zu den Quellen für Ewalds Merkmale des Tatbestandselementes BW.....S. 26

II. Zur Vorstellung von der Wettbewerbsbeschränkung sui generis.....S. 31

III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 38

C. Die Vorstellungen Günthers (1957).....S. 39

I. Günthers Orientierung am Zweck des Gesetzes, am Wettbewerb und seinen Zwecken.....S. 39

II. Zu den für eine Qualifizierung der BW zur WbV besonders relevanten Tatbestandselementen.....S. 43

III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 47

D. Die Vorstellungen von Borchardt und Fikentscher (1957).....S. 48

I. Zu den leitenden Gedanken.....S. 49

a. Das "Ziel" des Wettbewerbs.....S. 50

b. Zur Praktikabilität des Wettbewerbs.....S. 51

II. Der "echte" Wettbewerb.....S. 52

III. Vom Wettbewerb zu den Wettbewerbsbeschränkungen.S. 56

IV. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 61

E. Die Vorstellungen des Frankfurter Kommentars (1958)S. 62

I. Der Zweck des §1.....S. 62

II. Zum Wettbewerb und seinen Leitvorstellungen.....S. 63

III. Spezielle Leitvorstellungen für die Auslegung der BW.....S. 66

IV. Zur Orientierung an den der BW zugeordneten Tatbestandselementen.....S. 68

a. Zum "gemeinsamen Zweck".....S. 68

b. Zur Eignung.....S. 69

c. Zu den Marktverhältnissen.....S. 70

d. Zur Beeinflussung der Marktverhältnisse.....S. 70

e. Zur "Eignung" zur BM.....S. 71

V. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 72

F. Die Vorstellungen Bruggers (1959).....S. 73

I. Grundlagen der Auslegung.....S. 74

II. Zur Orientierung an den Zielen.....S. 74

a. Zum Schutz der höchsten Leistungssteigerung und besten Wohlstandsförderung.....S. 75

b. Zum Schutz der wirtschaftlichen Bewegungs- und Handlungsfreiheit des Einzelnen.....S. 79

c. Zum sozialen Zuordnungsverhältnis beider Ziele.....S. 81

III. Zum Leitgedanken der Praktikabilität.....S. 82

IV. Zum Wettbewerbsbegriff des GWB.....S. 83

V. Die beiden Arten der Wettbewerbsbeschränkung....S. 84

a. Subjektive Wettbewerbsbeschränkung und Tatbestandselement BW.....S. 84

b. Objektive Wettbewerbsbeschränkung und Tatbestandselement BM.....S. 86

c. Zum Verhältnis von BW und BM.....S. 88

VI. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 89

G. Die Auffassung von Sölter (1960).....S. 90

I. Die Auslegung des Tatbestandselements BW.....S. 91

II. Zu den Leitvorstellungen.....S. 92

a. Die Zwecke des Marktes.....S. 94

b. Zu beachtende Eigenarten des Marktes.....S. 94

1. Marktlagen und Marktarten.....S. 94

2. Marktarten und horizontaler Wettbewerb....S. 97

3. Markt und Stufenwettbewerb.....S.100

c. Stufenwettbewerb und §1 GWB.....S.100

III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S.104

H. Die Vorstellungen im Baumbach-Hefermehl-Kommentar (1960).....S. 105

I. Die Grundgedanken.....S. 107

a. Zu 1. (Dem Text des §1).....S. 107

b. Zu 2. (Dem Zielkomplex des §1).....S. 107

1. Für die wirtschaftspolitische ZielsetzungS. 108

2. Die gesellschaftspolitische Zielsetzung..S. 109

3. In der Frage der Rangordnung der beiden Zielsetzungen.....S. 111

c. Zu 3. (Dem Wettbewerb, wie er sich am Markt darstellt).....S. 111

1. Zum Wesen des Wettbewerbs.....S. 112
2. Zu den Voraussetzungen.....S. 114
3. Zu den Wirkungen des Wettbewerbs.....S. 115
d. Die Adäquanz von Wettbewerb und Zielsetzungen.....S. 116
e. Zur Adäquanz von Wettbewerb und Zielsetzungen für den Gesetzestext.....S. 117
II. Zur Praxis der Auslegung.....S. 120
a. Im Hinblick auf die BW.....S. 120
b. Im Hinblick auf den Test der Eignung zur BM.S. 121
III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 124

J. Die Vorstellungen von Gabriel (1960).....S. 125
I. Leitende Vorstellungen.....S. 125
a. Sein Hauptmotiv.....S. 125
b. Der Anlaß zum Auslegungsversuch.....S. 125
c. Zum Hintergrund seiner Motivation.....S. 128
d. Seine Argumente.....S. 128
II. Zu den übrigen Tatbestandselementen des §1.....S. 132
III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 132

K. Die Vorstellungen von Schmitz (1961).....S. 133
I. Leitende Gedanken.....S. 134
a. Seine Zielsetzung.....S. 134
b. Thesen und Argumente.....S. 135
1. Zu den zum UWG entwickelten Wettbewerbsvorstellungen.....S. 135
2. Der "Wille des Gesetzgebers".....S. 135
3. Schutzobjekte: Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerb als Institution.....S. 136
4. Schutzobjekt: Wettbewerbsfreiheit als Individualrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung..... S. 139

c. Wettbewerb, BW und Eignung zur BM.....S. 140

II. Bemerkungen zur Anwendung des Gesetzes.....S. 143

III. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 144

L. Die Vorstellungen von Knöpfle (1962/1966).....S. 145

I. In seinem Aufsatz.....S. 146

a. Herausarbeiten von drei Hauptanforderungen..S. 146

b. Zum Ziel des §1.....S. 148

1. Im Hinblick auf den Wettbewerb als Institution.....S. 149

2. Im Hinblick auf die Freiheit.....S. 150

c. Von der Zielsetzung zum Wettbewerbsbegriff..S. 151

II. In seinem Buch.....S. 155

a. Zur Zielsetzung.....S. 155

1. Die Mittel-Ziel-Kette.....S. 155

2. Das unmittelbare Ziel des Wettbewerbs....S. 156

b. Von der Zielsetzung zum Wettbewerbsbegriff..S. 158

1. Herausarbeitung der Wirkungsfaktoren.....S. 158

2. Von den Wirkungsfaktoren zum Wettbewerbsbegriff.....S. 161

3. Sein Ergebnis.....S. 167

III. Bemerkungen.....S. 167

a. Zur Arbeitsmethode Knöpfles.....S. 167

b. Zur Praktikabilität der vorgeschlagenen Auslegung.....S. 168

1. Probleme beim Test der BW.....S. 168

2. Eine zur BW "passende" Auslegung der BM ist erforderlich.....S. 169

IV. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 170

M. Die Vorstellungen Meyer-Cordings (1962).....S. 171

I. Die soziologische Wurzel des Wettbewerbsproblems.....S. 173

a. Ihre generelle Ausprägung.....S. 174

b. Ihre spezielle Ausprägung.....S. 176

II. Wirtschaftlicher Wettbewerb nach individueller Zielsetzung.....S. 177

III. Wettbewerb als bewußte Veranstaltung, als Sozialprinzip.....S. 179

IV. Unterschiedliche Wettbewerbstypen.....S. 180

V. Meyer-Cording umgeht (zunächst) die damit verbundenen Probleme.....S. 180

VI. Argumente für die Identität von wirtschaftlichem Wettbewerb und dem zur Auslegung der BW in §1 erforderlichen Rechtsbegriff Wettbewerb.....S. 181

VII. Durch den Tatbestand des §1 erforderlich werdende Änderungen am dargestellten Wettbewerbsbegriff Meyer-Cordings.....S. 182

a. Im Hinblick auf Verträge und Beschlüsse.....S. 183

b. Im Hinblick auf die BM durch BW.....S. 184

VIII. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 187

N. Die Vorstellungen von Müller-Henneberg (1963).....S. 188

I. Der wettbewerbliche Grundsachverhalt.....S. 188

II. Zum Sinn des §1.....S. 190

III. Der spezielle Wettbewerbsbegriff.....S. 197

IV. Auf welche Weise wird der Wettbewerb geschützt?.....S. 197

Zur Auslegung der BW.....S. 199

b. Zur Auslegung der Eignung zur BM.....S. 202

V. Bemerkungen.....S. 204

VI. Zusammenfassend ist festzuhalten.....S. 207

Zweiter Teil: Problemkreise und typische Meinungen...S. 206

A. Zur erkennbaren Rangfolge der Problemkreise.....S. 206

B. Typische Meinungen innerhalb der einzelnen Problemkreise.....S. 206

I. Bei den "leitenden Gedanken": die verschiedenen Ansichten zum Schutzobjekt des GWB aus der Sicht des §1.....S. 207

a. Ökonomische Vorteilhaftigkeit.....S. 208

b. Freiheit.....S. 209

c. Freiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit..S. 210

d. Begriffliche Erläuterungen.....S. 210

1. Zum Schutzobjekt: Wettbewerb als Institution.....S. 212

2. Zum Schutzobjekt: Freiheit.....S. 218

aa. Darstellung der Freiheiten.....S. 219

bb. Unterschiedliche "leitende Gedanken".S. 222

cc. Ergebnis.....S. 227

II. Bei der Definition des Wettbewerbs.....S. 228

a. Fünf verschiedene Hauptmerkmale.....S. 228

b. Unterschiedliche Betonung der Marktseiten...S. 229

III. Bei der Definition der BW: Trennung von "Begriff der Wettbewerbsbeschränkung" und "Inhalt des Tatbestandselementes BW".....S. 230

IV. Bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen Vertrag (bzw. Beschluß) und BW: Gegenstands- und Folgetheorie.....S. 234

V. Bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen BW und BM: Beziehungen im Sinne der Gegenstands- bzw. der Folgetheorie.....S. 235

a. Das entscheidende Merkmal.....S. 235

b. Zu den erkennbaren Gründen der Entscheidung für eine der beiden Beziehungen.....S. 236

1. Zwei Aspekte der Problembetrachtung.....S. 236
2. Gruppierung im Hinblick auf das begriffliche Problem.....S. 237
3. Gruppierung entsprechend dem Bestreben einer Forderung nach bestimmter Intensität bzw. Quantität des Einwirkens der BW auf die BM.....S. 239

C. Zur erkennbaren Methode der Problembehandlung.....S. 242

D. Zur möglichen Kritik.....S. 244

E. Zur Ausgangsbasis.....S. 245

Dritter Teil: Lösungsvorschläge unter besonderer Berücksichtigung der Regierungsbegründung und volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte.....S. 246

A. Zur Frage nach Sinn, Ziel und Zweck des GWB.....S. 246

I. Die beiden Ziele in der Regierungsbegründung...S. 246

II. Analyse der Aussagen über Wettbewerb in der Regierungsbegründung.....S. 250

a. Der relevante Teil der Regierungsbegründung.S. 250
b. Kritik der Wettbewerbsdefinition der Regierungsbegründung.....S. 251
c. Zum Wettbewerbsbegriff in Teil A der Regierungsbegründung.....S. 251

1. Der Ausgangspunkt.....S. 252
2. "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" und "vollständiger Wettbewerb".....S. 253
3. "Vollständiger Wettbewerb" und "Marktverfassung des freien Wettbewerbs".....S. 257
4. Unzulänglichkeiten der vollständigen Konkurrenz als wirtschaftspolitisches Ideal.....S. 268
5. Die originäre Absicht der Regierungsbegründung.....S. 271

aa."Liberalismus" als Zweck des GWB.....S. 271

bb. Merkmale des erwünschten Liberalismus.....S. 273

d. Exkurs: Wettbewerb im US-Antitrustrecht, insbes. in Section I Sherman Act.....S. 277

e. Ergebnis.....S. 284

III. Der wettbewerbliche Marktprozeß aus der Sicht des neoklassischen Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs.....S. 286

a. Sein Anliegen.....S. 287

b. Das Grundtheorem.....S. 288

c. Merkmale des wettbewerblichen Prozesses.....S. 289

1. Das Grundmerkmal: Die individuellen Zielsetzungen.....S. 290

2. Der Austauschprozeß.....S. 292

3. Der Parallelprozeß.....S. 293

aa. Die soziologische Wurzel des Parallelprozesses.....S. 293

bb. Die Besonderheiten des wettbewerblichen Marktprozesses.....S. 295

11. Dimensionen.....S. 295

22. Aspekte.....S. 298

aaa. Lenkung durch Verbraucher und Konsumenten.....S. 298

bbb. Leistungssteigerung, Fortschrittsförderung, gestreute ökonomische Vorteilhaftigkeit.....S. 299

ccc. Exkurs: Verschwendung.....S. 301

ddd. Marktmacht.....S. 302

eee. Freiheit.....S. 304

fff. Exkurs: Zur These der gleichheitsgebundenen Freiheit....S. 305

ggg. Zur erwünschten wirtschaftlichen Gesamtordnung.....S. 308

hhh. Zur Praktikabilität.....S. 309

d. Ergebnis.....S. 310

IV. Probleme der Normativierung und ihre Überwindung.....S. 311

a. Der Ansatz für die weiteren Überlegungen: Die Ergebnisse des Prozesses.....S. 312

1. Zwei Meinungen.....S. 312

2. Überlegungen, die für eine Aufnahme von speziellen Marktergebnisnormen in eine Globaldefinition des Wettbewerbs sprechenS. 313

3. Überlegungen, die dagegen sprechen.....S. 314

aa. Zur "reinen" Marktergebnis-Globalnorm.....S. 314

11. Sehr allgemeine Fassung der Normen.....S. 315

22. Kategorischer Marktergebnistest führt zu Unsicherheiten im Wirtschaftsleben.....S. 316

33. Reine Marktergebnis-Definitionen sind Konzepte, die sich gegen den wettbewerblichen Prozeß richten..S. 316

44. Unsicherheit über die Zweckmäßigkeit von Marktergebnisformen.....S. 317

bb. Zur gemischten Marktergebnis-Globalnorm.....S. 318

11. Der Dualismus zwischen Marktergebnissen und Praktikabilität....S. 318

aaa. Bei der Normativierung.....S. 318

bbb. Beim Test.....S. 321

22. Der Dualismus zwischen sozialen und individuellen Zielen.....S. 323

4. Ergebnis.....S. 325

b. Eine weitere Möglichkeit: Direkte definitorische Erfassung des Prozesses unter Verzicht auf Einbeziehung von Marktergebnissen.S. 325

c. Die Vorschläge des neoklassischen Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs.....S. 326

1. Verzicht auf die Normativierung von Ergebnissen des Wettbewerbs.....S. 326

2. Anforderungen an die Wettbewerbsdefinition.....S. 328

3. Indirekte Fassung des Wettbewerbs.....S. 328

4. Negative Definition der Wettbewerbsfreiheiten.....S. 331

V. Ergebnis.....S. 333

a. Im Hinblick auf den gesetzlichen Wettbewerbsbegriff.....S. 334

b. Im Hinblick auf die Frage zu den Zielen....S. 335

B. Der Schutz des Wettbewerbs durch §1.....S. 336

I. Partieller Schutz des wettbewerblichen Prozesses durch §1.....S. 336

II. Der besondere wettbewerbspolitische Zweck des §1.....S. 337

III. Zur Auslegung: "...geeignet...die Marktverhältnisse...durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen".....S. 343

a. Zum Inhalt von BW und BM.....S. 343

b. Zum Verhältnis von Vertrag (bzw. Beschluß) und BW..... .....S. 345

c. Zum Verhältnis von BW und Eignung zur BM...S. 351

C. Ergebnis.....S. 356

Lebenslauf

Ich wurde am 18.5.1936 in Mährisch-Schönberg als siebentes Kind des Bahnbeamten Eduard Neubauer und seiner Ehefrau Anna Neubauer, geb. Stanzel, geboren.

Ausbildungsgang: 1942-1944 Volkschule in Mährisch-Schönberg, 1946-1948 Volkschule in Jesberg (Bez. Kassel), 1948-1957 Jugenddorf Christophorusschule Oberurff (Abitur am 13.3.1957). 1957-1963 Studium von Mathematik und Volkswirtschaft an der Philipps-Universität zu Marburg und an der Ruprecht-Karl-Universität zu Heidelberg. Abschluß der Prüfung zum Diplom-Volkswirt am 27.7.1962 an der Philipps-Universität. Sechs Monate Direktionsassistent bei der Hessischen Tapetenfabrik in Marburg. Drei Monate Wissenschaftliche Hilfskraft am Staatswissenschaftlichen Seminar der Philipps-Universität (Abteilung für Statistik). Vom 1.3.1964 bis 30.9.1967 Wissenschaftlicher Assisten (m.d.V.b.) am Staatswissenschaftlichen Seminar der Philipps- Universität (Abteilung für Betriebswirtschaft). Nach dem 30.9.1967 Wissenschaftlicher Assistent (m.d.V.b.) der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps- Universität. Von April 1964 bis Februar 1968 außerdem Geschäftsführer des Volkswirtschaftlichen Prüfungsamtes der Philipps-Universität.